

DR. PLÓSZ SÁNDOR

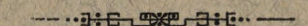
IG. ÉS T. T.

ÖSSZEGYÜJTÖTT  
DOLGOZATAI.



A BÁRÓ KORNFELD ZSIGMOND-ALAPÍTVÁNY  
KAMATAINAK FELHASZNÁLÁSÁVAL

KIADJA A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA.



BUDAPEST, 1927.







PLÓSZ SÁNDOR

IG. ÉS T. T.

ÖSSZEGYÜJTÖTT DOLGOZATAI.

\*

A BÁRÓ KORNFELD ZSIGMOND-ALAPITVÁNY KAMATAINAK  
FELHASZNÁLÁSÁVAL

KIADJA A MAGYAR TUDOMÁNYOS AKADÉMIA.

\*

B U D A P E S T , 1 9 2 7 .

---

NYOMATOTT KERTÉSZ JÓZSEF KÖNYVNYOMDÁJÁBAN, KARCAGON







# I.

## A KERESETJOGRÓL.\*)

A keresetjog fogalma tudvalevőleg a német jogi irodalomnak egyik sokszor és pedig első rangu tudósok által megvitatott tárgya. A harc minden oldalról jelentékeny elmeéllel folyt. Az állítások között igen sok a helyes és való állítás. Sőt úgy látszik, hogy a legújabb vizsgálatok által a kérdés már a megoldásra el van készítve, vagy már meg is oldatott; csak hogy a megoldás még nem nyert eléggé kidomborított alakot, sem oly biztos alapra nem helyeztetett, hogy az vitán kivülinek tekintethessék. Ellenkezőleg, ha ugyan a nézetek elágazása mellett uralkodó tanról szó lehet: az vagy legalább az íróknak túlnyomó többsége, a megoldás ellen van.

Az ok, a mely a dolog lényegének felismerését eddig akadályozta és a helyes felfogás érvényre emelkedését továbbra is gátolhatja, véleményem szerint abban rejlik, hogy a kérdést nem a perjog, hanem a magánjog, az u. n. anyagi jog oldaláról fogják fel és tárgyalják. A perjog tárgyalói a keresetjoggal behatóan nem foglalkoznak, a min a pernek szokásos felfogása mellett nem is lehet csodálkozni. Ha a per eljárás, cselekmények láncolata, melyek valamely magánjog érvényesítésére szolgálnak, vagy az alak, a melyben az anyag érvényesül: akkor

\*) Megjelent a Magyar Igazságügy V. kötetének 1876. március és április havában kiadott III. és IV. füzetében.

A II. a. értekezéssel összefoglalva és kiegészítve németül is megjelent „Beiträge zur Theorie des Klagerechtes“ (Leipzig 1880.) cimen.



természetes, hogy a kereset azon cselekmény, amellyel ezen érvényesítés cselekményeinek láncolata megkezdetik, a jog érvényesítésének alakja. Ezen a dolgok felszínén megállapodó felfogás nem ösztönöz senkit arra, hogy a keresetjog mibenlétét vizsgálja; ellenkezőleg arra vezet, hogy a keresetjog fogalma a perjog köréből kizárassék és azokhoz utasíttassék, akik az anyagi jog rendszerinti művelői. Azért a processualisták a keresetjogot csak mellékesen szokták érinteni, egyik vagy másik magánjogi nézetet elfogadva; de arra, hogy rendszerükben e jognak helyet keressenek és azt azzal összhangzásba hozva saját céljuknak megfelelőleg felépítsék, nem is törekszenek.

A magánjog tárgyalói ismét, ami saját álláspontjukról könnyen megmagyarázható, a pernek szokásos felfogását elfogadva: hasonlólag a magánjog oldalán vélik a keresetjog fogalmát feltalálhatónak s a pert csak melleleg érintik, mint a magánjog érvényesítésének módját.

A keresetjog súlypontja, nézetem szerint, a perben keresendő, és a kérdésnek minden irányban, tehát a magánjog irányában is kielégítő rendszeres megoldása csakis ezen oldalról remélhető. Habár a fogalom adására nézve nem kecsegtethetem magamat azzal, hogy e részben valami lényegileg újat állítsak fel, mégis azt hiszem, hogy a fogalom megállapításának módjára és rendszeresítésére nézve, nevezetesen ami a mai jogot illeti, az íróra még jutalmazó munka kínálkozik.

A jelen fejtegetések aránylagos rövidségét igazolja az, hogy kiválóan csak a mai jogra kívánnak tekintettel lenni. Ami pedig közvetlen szemlélhető, az hosszas igazolásra nem szorul. Nem tartom azonban a főbb nézetek ismertetését mellőzhetőnek, minthogy az azokkal való ismeretséget általában véve feltennem nem lehet. Ez fog legközelebb bekövetkezni, hol némely bírálati ellenészrevételek, amelyek magukból a felállított fogalmakból folynak, sem lesznek elhallgatandók.



## 1.

## Különféle vélemények.

1. Savigny<sup>1)</sup> a keresetjogot azon intézmények sorába helyezi, melyek a jogok megsértéséből erednek. Ha a jogot megsértésére való különös vonatkozásában szemléljük: új alakban tűnik fel előttünk, a védelem állapotában. A jog változást szenved a sértés által. A keresetjog egyike ezen változásoknak; nem új, önálló jog, hanem csak új alakja a jognak; azon fejlődés-folyamathoz vagy átalakuláshoz tartozik, mely minden önálló jogban előállhat; csak mozzanat a jogok életében, amely egy sorban áll a jogok keletkezésével és megszűnésével. A jogok sértéséből eredő változás ugyanis legközelebb a következő módon jelentkezik. Jogaink általában vagy minden velünk szemben álló emberre, vagy meghatározott egyénekre vonatkoznak, amely utóbbi jelleg legkifejezettebben a kötelmek sajátja. Jogaink sértése azonban csak egy meghatározott sértő tevékenységeként képzelhető, kivel ennek folytán egy sajátságos új jogviszonyba lépünk, amely viszony tartalma általánosságban akként határozható meg, hogy ezen ellenféltől a sértés megszüntetését követeljük. Ezen igény, mely egy meghatározott személy ellen és egy meghatározott cselekményre irányul, ennek folytán a kötelmekhez hasonló természetű; a sértett és sértő, vagyis felperes és alperes, egymással mint hitelező és adós állanak szemben. Míg azonban ezen új viszony a pusztá lehetőség határai között marad és még a sértettnek meghatározott tevékenységéhez nem vezetett, azt egy valódi befejezett kötelelemnek nem tekinthetjük; még csak csirája inkább egy ilyennek, amely azonban a természetes fejlődés útján valódi kötelembé megy át. Valóságos lételt és egyszersmind határozott alakot ezen obligciónak

<sup>1)</sup> Rendszerének majdnem egész V. kötete a keresetjogot tárgyalja. Általános álláspontja a 204. és 205. §§-okban van jelezve, Vizsgálódása köréből a perjogot, mint a sértett jogállapot helyreállítását célzó alakok jogát világosan kizárja.



a litis contestatio ad. (Savigny, System VI. 258. §. elején.)

Ezen, a jogsértésből eredő viszony a keresetjog vagy kereset, ha ezen utóbbi kifejezést a sértett pusztá jogosultságára vonatkoztatjuk. A kereset, mint valóságos tevékenység, egyértelmű a kereseti cselekménnyel, azaz az írásbeliség előfeltételezése mellett a keresetirattal vagy keresetlevéllel.

A keresetjog ezek szerint kettőt feltételez, t. i. valamely jogot magában véve és annak megsértését. Ha az első hiányzik, jogsértés nem képzelhető; ha pedig a második hiányzik, akkor a jog a keresetnek különös alakját fél nem veheti, nincs actio nata.

Savigny tanának kétségtelen érdeme, hogy egy világos és élesen elhatárolt fogalmat ad. Sőt természetességre nézve sem látszik kívánni valót fennhagyni, mert ki fogna jogának megsértése nélkül a bírósághoz fordulni, és miért lépne az állam bírósága által sértetlen jogok érvényesítésére tevékenységbe? Azonban ezen természetesség közelebbi vizsgálatra elenyészik. Joggal kiemeltetett már más oldalról, hogy a jogsértés nem alapja a keresetnek, hanem csak közönséges külső indító oka<sup>1a</sup>). Továbbá, hogy vannak egyes esetek, midőn a positiv jognak kétségtelen rendelkezései a jognak megsértése előtt is engednek keresetet. Így pl. az érvénytelenítő vagy megerősítő kereset nata az illető jogügylet megkötésével, így az actio depositi directa egy a letevő javára időhatárhoz kötött letéti szerződés esetében azonnal a letevással, a csődkereset a csődnitással a jog lejárta, tehát gyakorolhatása és így megsérthetése előtt. És ennek ellenében nem lehet arra hivatkozni, hogy ezek kivételek, mert ha úgy volna is, hogy a keresetnek az esetek túlnyomó többségében csak jogsértés esetében van helye, nem szabad felednünk, hogy itt nem szabály felállításáról, hanem tudományos fogalom meghatározásáról, a dolog lényegének felismeréséről van szó; szabály alól lehet kivételt

<sup>1a</sup>) Vangerow Verjährung des Darlehens Archiv. für Civ-Pr. XXXIII. 292. és köv. l. — Unger Syst. II. 116. §.



engedni, de fogalom alól nem, a lényegnek egy esetben sem szabad hiányozni.

Azonban nem szükséges kivételekre hivatkozni. Amint Windscheid<sup>2)</sup> jól jegyzi meg, nem sokat kell a Corpus Jurisban lapozgatni, hogy oly actiókra akadjunk, melyek jogsértést nem tételeznek fel. A római perben felperes ellenfelét nem jogsértéssel vádolja, hanem jogot állít és azt akarja érvényre emelni. De talán ma más a felfogásunk? Talán mi a fenytő és polgári ügyeket élesen el nem határoljuk, és az utóbbiakban is german módra vádrendszert követünk? Windscheid<sup>3)</sup> e részben a következőket mondja: „A mai jogérzet részére a jog a prius, a kereset a későbbi; a jog a létesítő, a kereset a létesített. A jog minden egyénnek uralomkört ad, amelyben akarata törvény a többi egyének számára; ha az egyén ezen uralomkörben el nem ismertetik, akkor ő ez iránt az államnál, a jog örénél panaszt emelhet, panaszolkozhatik (beschweren, beklagen), és az állam őt megsegíti, hogy a magáéhoz jusson. A jogrend a jogoknak rendje.”

Szabadjon mindenekelőtt ezen szép tételeket egy megjegyzéssel pótolni, melynek jogosultságát senki sem fogja kétségbe vonhatni, t. i. ekként „és az állam elismeri jogát és őt megsegíti, hogy a magáéhoz jusson”. Hogy ez így van, arról bármely igenlő ítélet meggyőző. Nemcsak hogy ítélet általában szükséges, hanem ebben nem a jogsértés, hanem a jog állapotátatik meg.

Már most fordítsuk meg a tételt. Az állam a sértetlen jogot nem ismeri el és a jogosultat nem segíti az övéhez. Itt már a mai jogérzet talán kérdéses kezd lenni. De lássuk miként viszi végbe az állam azt, hogy csak a sértett jogot ismeri el és segíti érvényre. A legkövetkezetesebb az volna, ha az állam bíróságait oda utasítaná, hogy sértetlen jogok iránt kereseteket ne fogadjanak el, és ha kitűnik, hogy valamely sértetlen jog iránt indítatott per, az eljárást szüntessék be, azaz a jogsértést tekintsék perelőfeltételnek. Ezen felfogás semmitőszékünknek némely

<sup>2)</sup> Actio 2. l.

<sup>3)</sup> Az i. h. 3. l.



esetben tetszett. A semmitőszék ugyanis ott, hol előleges közizgatási tárgyalást lát szükségesnek, némelykor azon felfogásból indul ki, hogy a kérdés előbb közizgatási uton vitássá teendő és addig nem tartozik a polgári bíróság hatásköréhez, amely okból az eljárást a ptrts 297. §. 2. pontja, azaz a 8. §. alapján, tehát a pertárgy hiánya miatt megsemmisítette.<sup>4)</sup> Ezen egyébiránt máskülönben is a törvény szavaival és szellemével ellenkező felfogás<sup>5)</sup> következetesen arra vezetne, hogy a jogsértés, vagy legalább az állítólagos jog sértése, a per-előfeltételek körüli tárgyalásoknak ép úgy tárgyát képezze, mint pl. a bírói hatáskör, illetékesség vagy a felek cselekvési képessége, és azon esetben, ha a jogsértés be nem igazoltnék, az eljárás beszüntetése (*denegatio actionis v. iudicii*) következék be, és pedig tekintet nélkül arra, vajjon alperes egyszersmind a jogot is tagadja, vagy pedig csak a sértést, mert itt a sértés mint az érdemben való nyilatkozás előfeltétele forog szóban. Hogy mindez átalában nem így tartatik, kétségbe nem vonható. Egy kézzel fogható példával élve, a váltó-elfogadó, ki a váltóbirtokos jogát, addig míg a váltó nála fizetés végett be nem mutatott, bizonyára nem sérti, midőn a lejárt váltó bemutatás előtt pereltetik, tudvalevőleg csak késedelmi kamatoktól szabadul.<sup>6)</sup>

Wetzell szerint<sup>7)</sup>, ki a keresetjogot szintén a jogsértésből származtatja, a sértés a kereset tényalapjához, közelebb az u. n. passiv kereseti tényalaphoz tartozik. Ámbar szerinte a jogsértés kötelmeknél, amelyek itt külön-

<sup>4)</sup> Döntvénytár. VIII. 576. sz. VI. 516. és IX. 632. sz.

<sup>5)</sup> V. ö. ptrts 297. §. 2. „a polgári bíróság hatósága” alá é p e n nem tartozik” és ptrts 12. §. és hozzá Ökröss commentárját 7. j.

<sup>6)</sup> Igaz ugyan, hogy azon esetben, ha alperes a jogot beismeri, per létre nem jöhet, de akkor nem a keresetjog hiánya miatt, hanem azért, mert alperes a keresetnek önként, per nélkül eleget tesz, perre tehát nincs szükség. A per különben akkor sem jó létre, ha alperes az általa előlegesen megsértett jogot ismeri be a bíróság előtt. V. ö. Wächter Würt. Privr. 62. §. 4. j. Perjogilag helytelen itt Wächterrel alperesnek a kereset alóli feloldozásáról, vagy Windscheiddal Pand. 122 §. 6. j. a keresetnek, mint aaptalannak visszautasításáról szólni.

<sup>7)</sup> System 16. §. III. kiad.



sen figyelembe jönnek, rendszerint már a vitás kötelemnek fizetés vagy más megszűnési ok igazolásáig felveendő fennállásával összeesik, tehát külön bizonyítást nem igényel, és így nézete a legtöbb esetben gyakorlati horderővel nem bír<sup>8)</sup>), mégis azt elvi szempontból sem lehet osztani. Eltekintve ugyanis a sértés fogalmának mikénti megállapításától, e nézet következetesen arra vezetne, hogy a bírónak felperest keresetével el kellene utasítani, valahányszor a sértés előtte nem igazoltatik. Az elutasítás ugyan nálunk csak ezuttali lenne, hasonló ahhoz, mintha a jog időelőttiség miatt nem állapítatják meg, de a régiebb római perben a még meg nem gyöngített *consumtio* miatt végleges. Igaz ugyan, hogy úgy látszik, miszerint Wetzell szerint<sup>9)</sup> a sértés mint alperes elmarasztalásának passív előfeltétele a *litis contestatio* után is pótolthatatik, sőt miután alperes a l. c. alkalmával felperes jogát el nem ismeri, ép ez által pótoltatik is: de ezen felfogás mellett méltán azt mondhatni, hogy a jogsértés már nem az *actio*, hanem a l. c. fogalmához kívántatik meg, mert az: vajjon a sértés a l. c. előtt megtörtént-e vagy nem, közömbös. Vagy talán ilyen esetben az *actio* csak a l. c. által jó létre? Tudvalevőleg a l. c. nem az *actio* létrehozását, hanem *consumtio*ját van hivatva eszközölni, amit pedig létesít az a *iudicium*, a *perobligatio*, amely ép az *actio* helyébe lép. Persze van más nézet is, de ennek követőihez Wetzell nem tartozik.<sup>10)</sup> Azután, hátha a jog csak a l. c. után jár le, amely esetben Wetzell szerint is, elmarasztalás lehetséges, ugyan mikép sértethetik meg akkor a jog már a l. c. által?

Ha pedig a sértés előlegesen a l. c. előtt kívántatik meg és ez által nem pótolthatatik, ekkor az időhöz, közelebb a sértés beálltához kötött elutasításnak minden esetben be kellene állani; ami az életben nyilván nincs úgy, és ha követetnék, a perek felesleges szaporítását

<sup>8)</sup> Általában azzal, ha a sértés fogalmán mesterkélünk (l. erre Unger Syst. II. 109. § 10. és 11. j. és 116. § 10. j.) a sértésre alapított keresetelméletet nem lehet megmenteni. Egyébiránt Wetzell a jogsértés fogalmát a jog gyakorolhatásának elvonásában látja. 1. §.

<sup>9)</sup> L. még 14. §.

<sup>10)</sup> 5. §. Az *actio* a *iudicium* előfeltétele.



eredményezné, amennyiben a l. c. által kétségtelenné tett vitasság csak arra szolgálna, hogy felperes ez alapon új pert indítson<sup>11)</sup>.

Egyébiránt e nézet főhibáját, hogy azt, ami a pernek egyáltalában létrejöveteléhez tartozik, csak a per megnyerésének feltételeihez számítja, itt csak említeni akarom.

2. Több jogtudós a keresetjog fogalmának meghatározásánál a sértés megkivántatóságától általában eltekint és az alatt a magánjogot magát érti, mint érvényesülőt vagy bíróság előtti érvényesítésében<sup>12)</sup>. Mások keresetjog alatt azt a jogot értik, hogy a magánjog bíróságilag, azaz kereseti cselekménnyel érvényesíthetessék, amely lehetőséget azután vagy a magánjoghoz kapcsolt adaléknak (adnexum)<sup>13)</sup> vagy a magánjog alkatrészének<sup>14)</sup> vagy immanens tulajdonságának tekintik<sup>15)</sup>, amely utóbbi felfogás egyébiránt a legelsőtől nem különbözik, hanem oda jut, hogy a keresetjog egyenlő a kereshető joggal, azaz a joggal magával.

Azonban el nem volt titkolható, hogy az abszolút jogok, hova legalább ezen tekintetben a status-jogok is számíttatnak, magukban véve keresettel nem érvényesíthetők; hanem előbb valamely meghatározott személy elleni vonatkozást kell felvenniök, amely ellen azok érvé-

<sup>11)</sup> Más szempont alá esnek a községi, békebíróági és közigazgatási előleges tárgyalások, melyek a perek számának csökkentése végett vagy más okból előírathatnak. Ezek nem a sértés constatálását, hanem a vita kiegyenlítését vagy előleges, talán sikeres eldöntését célozzák, és az egyébként már létrejött keresetjognak további korlátozásait képezik, hasonlóan mint pl. a kereshetőség előleges megállapítása fegyelmi esetekben. Mint perelőfeltételek magukban véve nem bontók, hanem csak akadályozók, amint a semmitőszék a községi bíraskodás tekintetében helyesen, de nem helyes indokokból döntött. L. Döntvt. IV. 375.

<sup>12)</sup> Böcking Abriss d. Inst. 51. §. — Bethm. Hollweg Civilpr. I. 35. §. és II. 85. §. elején és 7. j. — Wangerow Archiv für. Civilpr. XXXIII. 295. l. „Gerichtliche Forderung.“

<sup>13)</sup> Pl. Arndts Pand. IV. kiad. 96. §.

<sup>14)</sup> Wächter az i. h.

<sup>15)</sup> Pl. Unger 113. §. — Bruns Holtzendorf R. Encycl. II. kiad. 349. és köv. l. „Ein selbstständig gesetztes Element des Rechts an sich“.



nyesíthetők legyenek, azaz előbb meg kell sértetniök. Ezen személyes vonatkozás többek által különösen kiemeltetvén, igénynek (Anspruch) neveztetik. Nem egyéb az, mint a jog maga egy bizonyos személy iránti vonatkozásában, a jognak egy különös jelentkezési alakja, amelyben az mindig kötelemszerű tartalommal bír, t. i. azzal, hogy ellenfelemtől valamit követelhetek.<sup>16)</sup> Ezen felfogásnak általánosításánál némelyek a keresetek tanában jog helyett általában igényről is szólnak, bár amint hozzátesszik, a kötelmi jogoknál a jog már magában egyenlő az igényvel.<sup>17)</sup>

Mindezen elméletek ellen egy közös észrevételt lehet tenni, amely egyszersmind azon elméletek ellen is szól, amelyek a sértett jogban látják a keresetjogot. És ez az, vajjon valóban áll-e, hogy minden keresetjognak jog felel-e meg?

Itt mindenekelőtt egy következetlenségre akadunk. Ugyanis ezen nézetek követői közül azok, kik egyébként az u. n. status-jogokat nem tekintik jogoknak, azokat a keresetjog tekintetében ugyanazon elbánásban részesítik, mint pl. a tulajdonjogot, azokból ép úgy igényt származtatnak mint ebből, igényt a status elismerésére (nem obligatio ex delicto). Pedig az igény nem egyéb mint a jog maga egy bizonyos személy iránti irányzatában. Ezen belső ellentmondás mellett önkénytelenül azon gondolatra kell jönni, hogy az igények az egyébként tarthatlan keresetjog elméletnek igazolására találtattak fel.<sup>18)</sup> Azonban elvégre a statut jognak is lehet tekinteni, habár nézetem szerint is helytelenül, és ezen érvet mellőzhetjük is.

Vannak azonban keresetek, melyek kétségtelen tény-körülményen alapulnak. Ilyenek voltak a római jogban pl. a praejudicialis actiók közül a „praejudicium quantae sit“, a „praejudicium an ex lege Cicereia (Pompeia) praedictum sit“<sup>19)</sup>, ilyenek a mai jogban pl. a szerződés

<sup>16)</sup> Windscheid Actio 5. l. és 223. l. Abwehr 7. l. — Unger Syst. II. 108. §.

<sup>17)</sup> Így Unger II. 108. és 113. §§. és az ott idézettek.

<sup>18)</sup> Különös éles alakban jelentkezik ezen ellentmondás Ungernél.

<sup>19)</sup> Lásd Bethm. Hollw. Civilpr. II. 97. §. és az ismert praejudiciumok felsorolását Bekker Actionen I. 284. és köv. l.



és végrendelet érvénytelenítése, a bérletfelmondás érvényessége iránti keresetek. Hogy ezen ténykörülmények jogi ténykörülmények és jogi következményekkel bírnak, ez itt közömbös, mert magának a keresetjognak kellene magánjognak, vagy azzal összekapcsoltnak vagy azon alapulónak lenni.

De még egy általánosabb kérdést kell tenni. Tény az, hogy vannak keresetek, melyek valamely megállapításra, azaz pusztá bírói elismerésre, nem pedig marasztalásra irányulnak.<sup>20)</sup> Ezen kereseteket általában praejudicialis kereseteknek nevezhetjük. Minő magánjog felel meg a keresetek ezen egész osztályának?

Windscheid<sup>21)</sup> joggal emeli ki, hogy ezen kereseteknek alapja nem lehet az, aminek létezése elismertetni szándékoltatik, mert ez gyakran nem is jog, hanem valamely állapot vagy valamely pusztá tény. De még ott is, hol valamely jognak elismerése céloztatik, nem a jognak tartalma, hanem létezése forog kérdésben, tehát nem az, amire jogom irányul. Különösen világos lesz ez előttünk oly jogok pusztá elismerése iránt indított kereseteknél, melyek valamely szolgáltatásra irányulnak, azaz kötelmeknél. Az ily elismerésre néző keresetnek az elismerendő jogtól való különbségét nézetem szerint az is támogatja, hogy ez ellen nem állanak fenn ugyanazon kifogások, melyek az elismerendő jog tartalma ellen megtehetők. Így pl. lehet, hogy követelési jogom érvényesítése, azaz tartalmának bírói kimondása ellen „exceptio pacti non pet. int. cert. tempus” áll fenn, míg a kötelmi viszony létezésére indított keresetem ellen alperes ezzel nem boldogul. Elismerési keresetnek továbbá a lejárát azaz a jog tartal-

<sup>20)</sup> Az általános nézet a mai római jog szempontjából ezen keresetek megengedhetősége mellett van; l. az irodalmat Windscheidnél Actio 18. l. 14. j. és Pand. 45. §. 8. j. — Az osztrák jogra nézve az ily keresetek alkalmazhatóságát tanúsítja Unger Syst. II. 115. §. főleg 18—20. j., melyek közül a legfőbb a magyar gyakorlatban is alkalmaztatik. — A német elmélet eltérései egyébiránt csak a több vagy kevesebb körül forognak; l. Renaud Lehrb. 88 §. 24. j.

<sup>21)</sup> Actio 17. l.



mának érvényesülhetése előtt is van helye<sup>22)</sup>; jele, hogy abban nem a jog azaz tartalma érvényesül. — Ezenfelül figyelembe veendő az is, hogy a praejudicialis kereseteknél nem elegendő az elismerendő valaminek, még jognak is állítása, hanem még valamely különös körülmény is szükséges, amely az elismerést a keresőre nézve kívánatossá tegye, tehát jogi érdek<sup>23)</sup>. Ezen jogi érdek nem az, amely az elismerendő jog tartalmában foglaltatik és amely a jogérvényesítési kereset megindítására magában véve elegendő, hanem attól különböző, épen csak a praejudicialis keresetet megalapító jogi érdek.

Windscheid<sup>24)</sup> az elismerési keresetek megalapítására következetesen egy külön önálló magánjogot, elismerési igényt vesz fel. Utóbb azonban<sup>25)</sup> ezen az actio és igény azonosság igazolására feltalált igényt<sup>26)</sup> maga is elejti, helyesebbnek tartván, ha az actio praejudicialis egyedül mint a bíró felhívása, vagy a bíró felhívására való jog fogatik fel, anélkül, hogy e mellett az ellenfél ellen valamely igény alapul feküdne.

Még csak az legyen itt megemlítve, hogy a magánjognak a l. c. utáni lejártá nem okoz elutasítást, hogy kivételesen még le nem járt követelések iránt marasztalásra is lehet keresetet indítani, úgy a római mint a mai jogban.<sup>27)</sup> Esetek, amelyek, ha a dolog lényegének meghatá-

<sup>22)</sup> És pedig nevezetesen osztrák jog szerint is, l. Unger II. 115 §. 20. j.

<sup>23)</sup> L. különösen Neuner Wesen u. Arten der Priv.-rechtsverhältnisse 164—165. l. 70. l. Unger II 115. §. 21. j. A német prts. javaslatá 218. §-a pusztá elismerésre menő keresetnek akkor ad helyt „wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat“.

<sup>24)</sup> Actio 17—18. l.

<sup>25)</sup> Pandektái 45. §-a végén.

<sup>26)</sup> Melyet Unger is megtámad II. 115. §. 8: j. azonban oly érvel, melyet el nem fogadhatok, „es ist vielmehr stets dasselbe Recht, welches sich wie zur Realisirung, so zur Anerkennung bringt“.

<sup>27)</sup> Fr. 40. D. ad. L. Aquil 9. 2. — fr. 41. D. de jud. 5. 1. — fr. 38. pr. D. prosocio 17. 2. Az osztrák jogra l. az 1858. július 21-ki ig. m. rend. és annak értelmezését Ungernél II. 133. §. 689. és köv. l. A még le nem járt alimentationalis követelések erejéig a marasztalás nálunk is gyakorlatban van.



rozásánál kivételekre nem akarunk hivatkozni, mind tagadják a jog és keresetjog azonosságát.

3. Egy az eddigiektől eltérő elméletet állított fel Windscheid.<sup>28)</sup> Szerinte ugyanis az actio egy specialis római intézmény, melyet ekként határoz meg „Actio a jogosultság akaratunkat bírói uton érvényesíteni;”<sup>29)</sup> az actio a rómaiaknál a jog helyett van, helyesebben az obligationalis jog helyett, az in rem actióknál pedig a kötelmi természetű igény helyett. Az actio nem a jognak kifolyása, hanem önálló, a jognak kifejezése. Hogy a rómaiak a jog helyett actoról ily értelemben szólnak, ennek oka nem csak gyakorlati felfogásukban, hanem főleg abban rejlik, mert náluk a polgár nem azt nyerte meg, amire a jog igényt adott, hanem azt, amit a bíróság (Gericht) megadott, tehát a római magistrátus saját szerű állásában, amelynél fogva az nem annyira a jog alá rendelve azt alkalmazta, mint inkább a jog felett állva, segélyét megadta vagy megtagadta.<sup>30)</sup> A lényeges tehát nem a jog, hanem a magistratus által adott actio volt. Ebből folyik, hogy a rómaiaknál vannak actiók előleges jog nélkül, azaz esetek, amelyekben a jogot csak a praetor adta meg az actio alakjában, így nevezetesen a praetoria actio eseteiben. A római actio ezen felfogásából Windscheid oda jut, hogy a mai jog szempontjából actoról nem szólhatunk.<sup>31)</sup> A kereset, úgymond, a mai felfogás szerint a kereseti cselekmény; azt, hogy valaki keresetről szóljon, midőn azt a jogot érti, melynél fogva keresetet indíthatni, a mai jognézet még megengedi, de azt, hogy a kereset ezen értelemben egyenlő legyen az igénnyel, hogy igény helyett keresetről szóljunk, ezt nem érti.<sup>32)</sup>

Az „Actio“- és „Abwehr“-ben kifejtett nézetét Pandektáiban tüzetesen (részben eltérőleg) oda határozza meg,

<sup>28)</sup> Actio és Abwehr gegen Muther.

<sup>29)</sup> Actio ist die Befugniss seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen. Actio 3. l.

<sup>30)</sup> Actio 1. §. Pandektáiban ezt így fejezi ki „Selbstständigkeit der Gerichtsregel gegenüber der Rechtsregel“ 44 §. 3. j.

<sup>31)</sup> Actio. Schlussbetrachtungen.

<sup>32)</sup> L. Actio 229. és 222. l.



hogy kereseti jog, bírói érvényesítés (gerichtliche Verfolgung) helyett nekünk igényről kell szólni, ha csak az alap helyett nem a következményt akarjuk megnevezni. Igény alatt pedig a jognak egy funkcióját kell érteni, azaz a jogot azon irányzatában, hogy az emberi akaratot magának alávesse. A személyes igények rendszerint egy meghatározott személy ellen irányulnak, a dologbaniak mindenki ellen, és csak a sértés által nyernek egy határozott ellenfelet.<sup>33)</sup>

A keresetjogot a jogsértés címe alatt említi fel. A jog keresni, keresetjog ezen értelemben, a jog az állam segítségét felhívni, tehát az állam ellen irányul, de lehet alatta egy az ellenfél ellen irányuló jogot is érteni, melynél fogva keresettel kereshetjük (verfolgen) azt, amit tőle igénybe veszünk. A keresetjog ily értelemben az igény megsértését előfeltételezi, és a sértés megszüntével elenyészik.<sup>34)</sup> Ezen keresetjogra nézve már előbb kiemelte,<sup>35)</sup> hogy az nem a magánjogba, hanem a perjogba tartozik.

Windscheid római actio elméletére sokat lehetne megjegyezni. Itt csak annyit, hogy amennyiben a római actio a jognak kifejezése, azaz objectiv jognak, azaz a fenforgó esetben alkalmazandó jogszabálynak volna kifejezése, nem pedig a subjectiv jogé, amely inkább csak az actio megadása folytán alakulandó iudiciumban derítettek ki. A praetor úgy az actio mint az exceptio adásában objectiv, persze egyelőre csak a fenforgó esetre szóló jogszabályt adott. Egyébiránt az actio fogalmának ily megfejtése annak mibenlétét nem meríti ki, amennyiben az nevezetesen annak legközelebbi következményétől, a iudiciumtól eltekint.<sup>36)</sup> De magában véve a keresetjognak mai

<sup>33)</sup> Pand. 43., 44. §.

<sup>34)</sup> Pand. 122. §. A tulajdonjog megsértéséből eredő személyes igény, a keresetjog megállapítása végett még újrolag megsértendő. Actio 222. l.

<sup>35)</sup> Abwehr 11., 12. §§.

<sup>36)</sup> Windscheid nézetének a római jogra nézve téves következménye különösen ott mutatkozik, hogy ő az actiót a litis c.-val engedj létre jönni és a l. c.-tól a consumtio hatályát megtagadja. l. Actio 8. §. L. Windscheid nézete ellen még Bethman-Holweg rövid, de találó megjegyzéseit Civilpr. II. 85. §. 7. j.



felfogása sem tökéletes. A jogsértés felvétele ellen az észrevételek már fennebb megtétettek. A praeiudicialis keresetek is a légben maradnak, amin nem lehet az által segíteni, hogy ezekre a római actio kifejezést megtartsuk, amit Windscheid ajánl.<sup>37)</sup> És ha nem áll az, hogy a keresetjognak a sértés előfeltételét képezi, akkor Windscheid-nál nem található elég ok arra, hogy a már bizonyos személy ellen irányuló igényeket a keresetjogtól megkülönböztessük és keresetjog helyett igényről szóljunk; mert ekkor az igény már csak a bírói érvényesítésre alkalmas jog, amely a keresetjogot, az állam segélyének felhívhatását magában foglalja.

4. Windscheid „Actio“-jában felállított nézetét, Muther<sup>38)</sup> élesen megtámadva, bíráló íratában egyuttal saját, az általános felfogástól eltérő nézetét adja elő.<sup>39)</sup> Actio szerinte eredeti értelmében (eltekinthetve az agere-től általában) a keresetforma. Midőn a praetor edictumában bizonyos esetekre ily formát, formulát ígér, mondhatni, hogy felperes már a formula megadására előtt igénnyel bír a formula megadására, feltéve, hogy azon általános feltételek, amelyek alatt az actio ígértetett, beállottak. Actio ei competit, vagyis az actio mint jog, tehát az igény a formula megadására. Az előfeltételek, amelyek alatt a formula ígértetik: 1. jog, amely bíróság előtti érvényesítésre egyáltalán alkalmas, 2. annak megsértése, mert a formula csak akkor adatott ki, ha az ellenfél a jognak önként eleget nem tett, azaz, ha a jog vitássá tétetik; vita nélkül nincs per, az tehát az állami segély felhívásának is előfeltétele.

A formula megadására való igény a praetor ellen mint az állami igazságszolgáltatás képviselője ellen irányul, és különbözik az eredeti jogtól, amely valamely

<sup>37)</sup> Pand. 122. §. 7. j.

<sup>38)</sup> Zur Lehre von der Röm. Actio etc. Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs: „Die Actio“ etc.

<sup>39)</sup> Egészen nem új L. már Hasse definitióját Rein. Mus. VI. 6. és k. l. (Unger Syst. II. 113. §. 7. j. szerint) „(Actio ist) das Recht zu fordern, dass der Staatswille sich selbst in Beziehung auf unsere Rechte durch sein Organ, das Richteramt, offenbare und verwirkliche.“



magánszemély ellen áll fenn. Az előbbi közjog, az utóbbi magánjog. Az eredeti jog a kereseti igénynek csak előfeltétele. A kapocs a kettő között az által létesíttetik, hogy a jogosult a sértés folytán az állam ellen igényt nyer a sértés megszüntetésére, mert az államnak feladata és hivatása a jogrendet fentartani. Az ellenfél ellenében a sértés az eredeti jogot nem változtatja meg, bár új jogokat megalapíthat, pl. a mora következményeit; a sértett a sértés után is csak eredeti jogát érvényesíti a sértő ellen, nem pedig egy a sértésből eredő igényt a sértés megszüntetésére. Ilyen igénye a sértő ellen csak az államnak van, amely minden polgárától megkövetelheti, hogy jogsértést ne kövessen el, és illetőleg ha azt elköveti, hogy megszüntesse. A sértés tehát két közjogi természetű jogot létesít, egyet a sértett részére az államsegélyre, azaz a kereseljjogot, és egyet az állam részére a sértő ellen a sértés megszüntetésére. A keresetjog mint a sértés eshetőségére adott jog az eredeti magánjoggal feltételes jogként a sértés előtt is összekapcsolva képzelhető, nem ugyan mint adnexum, hanem mint egy az eredeti jog mellett fennálló, védelmére rendelt jog. De a keresetjog, mint már feltétlenül létező, azaz a sértés által létrejött jog is képzelhető, és ez a különbség az *actio* és *actio nata* között.<sup>40)</sup> Ezen fogalma a keresetjognak lényegében ma is fennáll, a keresetjog ma is a sértettnek joga az állami segélyre.<sup>41)</sup>

Muther nézete a helyes nézetnek csíráját hordja magában, és ha ennek dacára általános visszatetszéssel találkozott még helyes részeiben is, úgy ez talán annak tulajdonítható, hogy a téves és valónak oly vegyületét tartalmazza, mely az utóbbit is elhomályosítja. Az egész okoskodás különben egyszerűsége által sem ajánlja magát. Az államnak a sértő elleni igénye és annak a magánjogtól való megkülönböztetése igen complicált feltevés, amely annak egyszerű megfontolásával megdől, hogy nem az állam érvényesíti a jogot a sértő ellen, hanem a sér-

<sup>40)</sup> Actio 11—14. §§.

<sup>41)</sup> 14. 15. §§.



tett az állam segélyével, amiről minden végrehajtás élő tanuságot tesz.<sup>42)</sup> Ezzel a sértettnek igénye az állam ellen is úgy, amint az Muther által construáltatik, kétes léte-lüvé válik.

A római forrásoknak azon sokszor előforduló kifejezéseit, melyekben az obligatio és actio azonosítatik és jog helyett az actoról tételik említés, Muther nézete épen nem képes megmagyarázni, ha csak a következő egyébként is csak az obligatiókra kiterjedő érvelést nem akarjuk magyarázatul elfogadni. Az állam joga (kötelmek-nél) rendszerint ugyanazon tartalommal bír, mint a jogosult igénye a kötelezett ellen, és a kötelezett személy is azonos. Ezért a rómaiak némelykor a keresetjogot a közvetlen kötelezett állam helyett a közvetve kötelezett adósra vonatkoztatva és a keresetet mint esetleges jogot képzelve, az actióval az eredeti obligatiót jelelték volna meg.<sup>43)</sup>

Azon megtámadásokat, melyek oda mennek ki, hogy Muther a perjogi és nem a magánjogi keresetjog fogalmát adja<sup>44)</sup>, mellőzzük, mert e részben az alantabb helyes-ként kifejtendő nézet megegyezik Mutherével, és így inkább a támadások helytelensége lesz kifejtendő. Persze Muther ily támadásokra könnyű alkalmat szolgáltatott, midőn a keresetjognak perjogi jelentőségét ki nem fejtette.<sup>45)</sup> Azonban azt, amivel leginkább nem lehet Mutherrel megegyezni, ki kell emelni, és ez az, hogy a keresetet ő is valamely magánjogból és annak megsértéséből származtatja, amely felfogás ellen a fennebb felhozottak ép úgy szólnak, mint az általa mellőzött nézetek ellen. Ezen felfogás nem eléggé perjogi és ez okozta azon bonyolódott constructiót is, mely első pillanatra visszatetszést szül.

<sup>42)</sup> Unger Syst. II. 113. §. 7. j.

<sup>43)</sup> L. Muther Actio 45. l. és ellene Windscheid Abwehr 24. l.

<sup>44)</sup> L. Windscheid Abwehr. 29. l.

<sup>45)</sup> Actio 47. és köv. l. Így: A bíró a keresetet ma is azonnal visszautasíthatja, ha világosan azt látja, hogy a keresetjognak előfeltételei nem léteznek. Minő előfeltételek? Jog és sértés, és ezek állítása vagy tényekkel megalapítása, vagy igazolása? Ez nincs kifejtve. Továbbá azon merőben processualis kérdések különönös hangsúlyozása „Minő keresetjoga van a sértettnek, követelhet-e az államtól különös kedvezményeket, van rövidebb eljárásra igénye?” stb.



5. Az actio lényege iránti vitatkozásoknak újabb alapot szolgáltatott Bekker, az obligatiókról írandó művének előkészítéseül kiadott két kötetes művében „Die Aktionen des Römischen Privatrechts“ (1871. és 1873.). Ő a római jogra nézve az actio és igény (Anspruch) fogalmaknak széltartását sürgeti.

Actio szerinte: „Egy jogviszony három érdekelt között, az activ subjectum, a passiv subjectum és a magistratus között. Az utóbbi ellen egy közjogi természetű jog, tehát szabályzott kényszer mód nélkül, egy jog iudicium létesítésére (Einsetzung), iudex és formula adására; a passiv érdekelt ellen a iudicium elvállalására, azaz az annak létrehozására szükséges közreműködésre, és ezen irányzatában az actio egy valódi magán, tehát kényszeríthető jog.“

És az igény: „Egy jogviszony ismét három érdekelt között, az activ subjectum, a passiv subjectum és a bíró között. A bíró ellen közjogi, ki nem kényszeríthető (azt igenis kikényszeríthetem, hogy ítéljen, de nem azt, hogy igényeimnek megfelelőleg ítéljen), irányozva a passiv subjectumhoz való viszonyomnak elismerése, esetleg a megfelelő pénzösszegre való átváltoztatása iránt; a passiv subjectum ellen egy jog valamely szolgáltatásra, egy magán kikényszeríthető jog, és pedig akként kikényszeríthető, hogy ha először is a passiv subjectum előbb nem teljesítene, és ha másodszor a bíró kötelességszerűen határoz, a szolgáltatás, vagy annak megfelelő pótléka állami autoritás vagy éppen állami közreműködés mellett lesz behajtandó.“

Az actio az igény kikényszeríthetőségének feltétele; hogy igényem kikényszeríthető legyen, szükséges, hogy actióm legyen, amelynek keretébe igényem esik: hogy actióm sikerrel birjon, szükséges, hogy igényeim legyenek, amelyek ama actióba esnek. — Lehet actióm igény nélkül, igényem actio nélkül, és több actióm egy igénnyel, vagy több igényem egy actióval. Az actiók külön kategóriákat képeznek, persze arra hivatva, hogy magukba igényeket vegyenek fel; de az, hogy mely igények esnek egy meghatározott actióba: külön kérdés. Az actio és



igény közötti ellentét a rómaiaknál azon kérdésekkel érintkezik: mikor kell iudiciumot létesíteni? és mit kell a létesített iudiciumban megvizsgálni? Az *actio* azon jog, amely a iudicium megalapításánál létezőnek tekintendő, igény az, mit a bíró elismerni hivatva van. A keltő felett a római perben különböző személyek határoztak, t. i. a *magistratus* és *iudex*. Az igényre ugyan a rómaiaknak határozott műszavuk nincsen. de kifejezik, mint „*res de qua agitur, quod persequimur iudicio, quod venit in iudicium*“.

Az *actió*nak a magánjoghoz való viszonyára jellemző a következő: *Obligatio* rendes értelmében a lekötöttséget jelenti. Az, ami ezen lekötöttséget eszközli, az *actio*. *Actione teneri* és *obligatio* vagy *obligatum esse*, azonosak. Az, hogy mivel tartozom, azaz a szolgáltatásra való kötelezettség, egy további kérdés, amely az *obligatio*val nem esik mindig össze. Így pl. *societas* és *mandatum*nál, továbbá a *tutelánál* az *obligatio* és *actio* azonnal létre jön, bár lehetséges, hogy egyelőre a kötelezett semmit sem tartozik szolgáltatni. Az in rem *actió*knál, miután ezeket „*nemo suscipere cogitur*“, nincs személy elleni *actio* vagy *obligatio*.<sup>46)</sup> Ellenben a dolgokon az *actio* oly szorosan tapad, mint az „a. in. pers.“ a személyen. A személy iti csak akkor lesz *obligatus*, ha az *actió*t elvállalja.

Igy a római jogban. Mai nap az *actió*nak létjoga és létfeltételei hiányoznak. Jogképződésünk a sajátos római jogképződéstől egészen elütő. Nincsenek *magistratus*aink és *iudexeink*, kiknek a „*dandae et denegandae actionis*“ joguk és azon kérdésben relativ szabad (*ex aequitate*) határozatuk vona, „*quid veniat in iudicium*“. Nincsenek *praetoraink*, kik az *actió*kat zár alatt tartanák, és *iudexeink*, kik a *jurisprudencia* segítségével a létező *actió*kba eső igényeket kibővítenék. — A római *justinianusi* jogban ugyan még a régi jog fenntartotta magát, a *justinianusi* per még egy „*actionismässig geordneter*“ volt, bár az *ac-*

<sup>46)</sup> A mai jogban külön *obligatio*ink és igényeink nincsenek, az *obligatio* az igényt, a jogot valamely szolgáltatásra magában foglalja és jogi minőségében, abban, hogy ezen viszonyt jognak nevezzük, az esetleges állami kényszer már adva van. I. 7. 1.



tió régi fogalmának singularis római jellegéből valamit el kellett ejtenie, *actio* most a feltétlen (nem *exceptio* vagy *retentio*) jogosultság a bíróságtól, mint államközegtől, az *actió*val meghatározott összefüggésben álló igények megvizsgálását követelni, az ellenféltől pedig, hogy ezen megvizsgálást eltűrje és annak eredményéhez képest igényeimnek megfeleljen. Azonban a justinianusi jog már az átmenetet egy más felfogásra előkészíté. A formák (*Spruchformeltypen*) és a személyekülönítés a legtöbb befolyással bírtak a sajátságos római *actio* rendszer kifejlesztésére. Ezek elestek és az új pert már csak a fenálló *actiorendszert* és a szokás: az *actió*t és az igényt külön gondolni, tartják fenn *actió*szzerűnek. Mi azonban a római joggal az *actió*rendszernek csak egyes következményeit recipiáltuk „*ein eigenthümliches Gemisch von Folgesätzen, denen die Grundlagen halb oder ganz entzogen sind*”; de a római dualismus egy oly formalis alakulás mint a római *actió*, mely a materiális tartalmat egészen nélkülözheti, előttünk lényegében ismeretlen és szerzőre nézve teljesen meglepő volna, ha valaki a római dualismust mai nap élő jognak kívánná tekinteni. Az *actio* és igény dualismusa ellenében mai nap a kereshető jog vagy igény modern fogalma áll szemben. Ez ugyan még egy kellőleg ki nem képzett, az érettségtől távol álló befejezetlen fogalom, amely szükségképi következményeiben sem elméletileg ki nem fejtetett, sem öntudatosan az életbe léptetni meg nem kíséreltetett, de annak kiképzése és a mai jognak a római *actió* felfogástól való végképeni felszabadítása az elméleti és gyakorlati munkálkodás feladata.<sup>47)</sup>

Muther, Bekker munkáját bírálva<sup>48)</sup>, természetesen elfogadja annak elméletét a római jogra vonatkozólag. Csupán az *Anspruch* definitióján kifogásolja, hogy abba a bíró személye is bele vonatott. Én is azt hiszem, hogy ebbe a bíró irányában való viszony sehogy sem tartozhatik és pedig azért, mert e viszony az *actió* eredményének, a

<sup>47)</sup> Az itt előadottak, többé-kevésbé szabadon vannak Bekker I. köt. Einleitung 1—170. II. köt. Schlussbetrachtungen 244—562. I. kivonatolva. A többire nézve, különösen a szerfelett érdekes kutatások tekintetében, itt csak a munkára utalhatunk.

<sup>48)</sup> Krit. Vierteljschr. XV. 433—442 és XVII. 231—244. I.



judiciumnak azaz a perviszonynak képezi tartalmát, ez pedig a „res“-től, amely a perviszonynak tárgya, nyilván különbözik. E mellett az „Anspruch“ fogalma, ha ugyan e fogalom fentartandó, nagyon is szűken, csupán kötelmi természetű igényekre van szorítva, holott az in rem actióknál nem csak személy elleni restitutió vagy kártérítési stb. igény, hanem a jog maga is perbe vitetik, sőt a tiszta dologbaniság ép abban rejlik, hogy csak ezen jog maga vétetik perbe (persze csak ezen személy iránti vonatkozásában.) A „rem actoris esse,“ ha a pernek nem is egyedüli, de mindenesetre főtárgya, a személy elleni kötelemszerű igények pedig legfeljebb csak mellesleg mennek együtt azzal<sup>49)</sup>, a miről a római legis actiók vindicationalis pere vagy egy formula petitoria elég tanuságot tesz. És azután a praejudicialis actiókkal hogy illik össze a Bekker által adott „Anspruch“ fogalom, pedig igény nélkül az actió sikerre, a per megnyerésére nem vezethet.

Ami Bekkernek a mai jogra vonatkozó nézetét illeti, arra nézve azon általános észrevétel tolul elénk, hogy ha a modern „Anspruch“ fogalom sincs még kigondolva, miért kelljen épp ezt és nem valami mást, nevezetesen a római actiót ki- és viszonyainknak megfelelőleg átgondolnunk. Muther e részben Bekkernek határozottan opponál.<sup>50)</sup> Ha ugymond, a római-actio rendszer egyes következményeit recipiáltuk, akkor, mintegy rejtett módon ezen következmények alapgondolata is reánk szállott és ha eddig nem sikerült ezen alapgondolatot kimutatni, úgy ez nem ok annak létezését tagadni. Ha azon felfogás, hogy az igénynek elismerése és a jogvédelemnek elismerése két külön álló dolog, egyáltalában belső jogosultsággal bír, úgy azon modern hajlam, hogy az igényt magát gondoljuk kereshetőnek, csak tévedésnek tekinthető. Egyébiránt abból, hogy mai nap is vannak igények, melyek nem kereshetők, bizonyos, hogy mai nap sem létezik egy általános jogszabály, mely minden igénynek ipso jure kereshetőséget tulajdonítana és hogy az igény és kereshető igény

<sup>49)</sup> L. Bekker Actionen I. XI. Kap.

<sup>50)</sup> Az i. h. XVII. 232. és köv. l.



a mai nap sem esnek össze. Tiltakozik az ellen, hogy ott, hol kellemetlen tényekre akadunk, azonnal „kivételeket” statualva, a „szabály” segítségével általános tételeket állítsunk fel, úgy a mint azokra szükségünk van. A mint azonban a mai napokban is vannak igényeink kereset nélkül, úgy másrésztől az sem vonható egyszerűen kétségbe, hogy actióink volnának igény nélkül. Hivatkozik arra, hogy a gyakorlat tiszta elismerési kereseteket enged, pl. egy jogügylet értelmezésére <sup>51)</sup> még mielőtt bizonyos volna, hogy igény egyáltalában létre fog-e jönni. Továbbá figyelmeztet a felhívási keresetre (ex lege diffamari) és a biztosítási és zárlati keresetekre, mely utóbbiaknál az igény a keresettől elkülönítve is kerül, vagy kerülhet tárgyalás alá. A mai perben ugyan nincsenek tipikus actio-formulárék, de a bíró ma is megvizsgálja azt, vajjon a felperes által előadott tények alkalmasak-e arra, hogy egy pozitív jog által elismert actiónak (an sit actio) előfeltételeit képezzék. Ezen kérdést a bíró ma is mindenekelőtt fel kell, hogy magának tegye és arra megfeleljen, a mely kérdés nem mindig azonos azzal, vajjon a felperesnek egy in concreto megállapított igénye van-e, és még kevésbé a harmadik kérdéssel az igény terjedelme iránt. Ha a bíró az u. n. erstes Verfahren után azt határozza, hogy „alperes köteles a keresetbe bocsátkozni,” ebben nem az igénynek, hanem annak elismerése fekszik, hogy alperes köteles annak bírói megvizsgálását eltérni, vajjon felperesnek vannak-e ellene igényei. Ezen kötelezettség ugyan nem actiószerű okok által is kizárathatik (illetőség stb.), de a perbebocsátkozási kötelezettség nyílt vagy hallgatag kimondásának, mindig sine qua non conditio-ját képezi a keresetjognak megállapítása és pedig egyelőre tekintet nélkül arra, hogy quid veniat in actionem. Végül kijelenti, hogy a modern „Anspruch” theoriával egyáltalában nem tud

<sup>51)</sup> Másként a legfőbb ítélőszék Jogt. Közl. 1875. 41. sz. mellékletében 178. l. „szerződéseknél csak egyes felmerült esetekre való alkalmazása, nem pedig általános elvont értelmezése tartozik a bíróság köréhez”. Azonban analog a bérletfelmondás érvényessége iránti kereset, melynek bizonyára nálunk is van helye.



megbarátkozni<sup>52)</sup>; egyébiránt az elnevezést sem tartja műszóként elfogadhatónak, mert nem csak jogi fogalmat jelel meg és egyik ezt, másik amaszt érti alatta. Azt hiszi, hogy e theoriának Bekker fényes vizsgálatai nem jó szolgálatot tettek. Tagadhatatlan, hogy a Windscheid-féle „Anspruch“ theoria sok követőre talált, és minden arra mutat, hogy a német polgári törvénykönyvben uralomra jut; de miután az az actiókkal radicalisan nem szakít, hanem azokat az „Anspruch“-ban bizonyos módon conserválja, lehetséges, hogy az actiók helyesebb tudományos felismerése, a minőt Bekkernek köszönhetünk, a jövő theoria irányára elhatározó leend.

Kleinschrod, „Processualische Consumtion“ (1875) című iratában, a res fogalmát a consumtio tanban vizsgálva, ez alkalommal Bekker actió- és igény-elméletére is tekintettel van.<sup>53)</sup> Ő is elfogadja a res és actió közötti különbséget, azonban a fogalmakat másként construálja, a mit azonban a csak a consumtio-tan szempontjából akar tenni. Bekker formulázásában, ugymond, az actio és „Anspruch“ között az összefüggésnek bizonyos hiánya mutatkozik, holott ezek között kétségtelenül összefüggésnek kell lenni. Nála a fődolog a res, a mely a consumtio tanában a jogviszony, a mennyiben az az actio megállapítására szolgál. Ezen res-ből ered a szolgáltatási kötelezettség (Leistenmüssen), bizonyos szolgáltatási tárgyakra (Leistungsobjecte), a melyeket igényeknek is lehet nevezni. Az actio forrása, alapja szintén a res, a jogviszony; az actio a consumtio-tanban nem egyéb, mint a keresetjog valamely az illető jogviszonyból eredő szolgáltatási kötelezettségre, bizonyos szolgáltatási tárgyak iránt, másutt a keresetjog valamire a jogviszony miatt. E mellett azonban, úgy látszik, Bekker actio-fogalmát elfogadja annyiban, amenny-

<sup>52)</sup> Bethmann-Holweg sem. Civilpr. VI. I. 23. I. „Die neuern Schriftsteller, die das System des römischen Actionenrechts für veraltet und heutzutage unbrauchbar erklären, entbehren dieses Hilfsmittel geordneten juristischen Denkens und können der Actio, nur den völlig unbestimmten und zu fernerer Entwicklung untauglichen Begriff des „Anspruchs“ substituieren. — Bruns is ellene nyilatkozik az i. h. 350. I.

<sup>53)</sup> L. 50—78. I.



nyiben az a jog a iudicium létesítésére, a melyet az alperes elvállalni köteles. Ez volna tehát, ha jól értem, a keresetjog fogalma az actiónak fennebbi definitiójában. A mai jogra nézve, azon tétel indokolásául, hogy a kereset-consumptio elenyészett, felhozza, hogy a mai nap az actio fogalma, "hinter den Anspruch zurückgetreten ist".<sup>54)</sup>

Hogy a keresetjog a mai jogban azonos volna a joggal vagy igénnyel, talán a már fentebb felhozottak után kétesnek tekinthető. E nézetek további bírálata összeesik a helyesnek ismert fogalom felállításával. Mindenekelőtt tehát keresni fogjuk a keresetjognak fogalmát a perjogban.

## 2.

### A keresetjog fogalma a perben.

Mindenekelőtt a perre vonatkozólag kell néhány általános tételt felállítanunk. Kiindulási pontul szolgáljon azon „egyszerű, a tudományra nézve mindazonáltal nyomós igazság”, hogy a per (iudicium) egy jogviszony a bíróság és a felek között.<sup>55)</sup>

Ha e jogviszony célja után kérdezősködünk, jobbára különféle variációkban azon feleletet nyerjük, hogy az a magánjog érvényesítése. Ezen felelet nem szabatos. Egyelőre lehetőleg az uralgó felfogás mellett maradva, a per célját inkább abban állapítjuk meg, hogy a felek között fennálló valamely jogvita bírói elintézése, valamely jog létezésének vagy nem létezésének bírói kimondása. A per ogalmára nézve egészen közömbös, vajjon a cél a jog

<sup>54)</sup> 233—237. l.

<sup>1</sup> L. Bülow. Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen §. 1. kinek e felfogást és ezzel keresetelméletéből azt, mi újnak látszik, köszönöm.



megállapítása, vagy meg nem állapítása által éretik-e el, vajjon felperes megnyeri vagy pedig elveszti-e a pert. Igaz ugyan, hogy a per létezésének távolabbi oka, amelynél fogva a per mint jogintézmény létezik, az, hogy léteznek magánjogok, amelyek védelemre, állami érvényesítésre szorulnak, és ennek folytán az is igaz, hogy a pernek, mint jogintézménynek célja, hogy az a jogok érvényesítésének eszközeül szolgáljon. De legközelebbi közvetlen oka a perintézménynek az, hogy a jogok létezése nem bizonyos, kétes lehet; más szavakkal, hogy létezik magánjogvita, amely vitában úgy az egyik, mint a másik félnek igaza lehet; és ezen ok adja meg a pernek közvetlen és feltétlen, nem csak esetleges célját, amely a per fogalmában nem hiányozhatik.

Ezzel nem szándékoltatik azonban annak tagadása, hogy a perintézmény távolabbi célja annak szervezésére befolyással bír. Ellenkezőleg hivatkoznunk kell arra, hogy ezen közvetett cél irányadó nevezetesen a per tárgyának megállapításánál. Ezt még néhány vonással meg kell határozni. Midőn az állam a perről, mint a jogvédelem előkészítőjéről gondoskodik, szabályúl azt állítja fel, hogy a per csak jogállítások iránt jöhet létre, azaz hogy a pernek tárgya csak oly állítás lehet, amely ha valónak találtatik, mint jog érvényesíthető. A perben tehát rendszerint egy jognak és pedig a magánjog szabályai szerint már a jelenben gyakorolható jognak kell állíttatni. Miután azonban a pernek célja csak közvetve az, hogy az által jogok érvényesíttessenek, képzelhető, hogy ezen közvetettség még tovább vitetik, és hogy az állam pert enged nem csak oly állítások iránt, amelyek egyenesen valamely jelenben létező, lejárt jogra vonatkoznak, hanem olyanok iránt is, amelyek valamely ily jognak csak előfeltételét képezik. A tekintetek, amelyek az államot e kiterjesztésre ösztönözhetik, célszerűségiek és különbözők lehetnek. Itt csak az legyen említve, hogy az ily állítások tisztázása által a jövőendő jogviták elháríthatatnak vagy egyszerűsíttethetnek. Az állam tehát távolabb mindig a jogvédelem körében mozogva, bizonyos esetekben még csak jövőben érvényesíthető, le nem járt jogok állítása iránt is engedhet pert,



és ezt a mint fennebb láttuk, tényleg teszi is.<sup>2</sup> A per tárgyának ezen kiterjesztése által annak fogalma lényegében nem változik. Nevezetesen az mindig jogviszony marad a bíróság és felek között.

Feladatunk megoldásának előkészítéseül, még a következőket kell kiemelni. A pernek tartalmát bizonyos cselekmények képezik, amelyek a per célját, a vita elintézését előkészítik és eszközlik. Hogy azonban a pernek tartalma kifejlődhessen és a per célját elérhesse, annak természetesen magának is léteznie, azaz mint jogviszonynak létrehozatnia kell. Ez cselekmények által történik, amelyek a pert pusztán lehetőségéből, (amely más körülmények által adatik, nevezetesen alkalmas bíró, felek és tárgy) kiragadják. Az vajjon a per létrejött-e, egy külön magában álló kérdés, amely a per meg vagy meg nem nyerésével csakis abban függ össze, hogy előfeltételét képezi mindkét eshetőségnek. Ha a per létre nem jött, azt el sem veszíthetem, jogászilag érvényesen el sem utasíthatom. A per létrejöttének hiányai nem az érdemben való elutasítást, hanem a pernek bírói megtagadását vagy semmiségét vonják maguk után. Ehhez képest a perben előforduló cselekményeket feloszthatjuk olyanokra, amelyek a per megalapítására és olyanokra, amelyek annak lefolytatására vonatkoznak. Mindkétféle cselekmények a természetes sorrend szerint külön perszakokba (stadium) tartoznak.

A rómaiaknál ezen elkülönítés alakilag is világos kifejezést nyert. A *legis actio* az azt környező eljárással és utóbb az *in iure* eljárás, ellentétben a *iudiciummal*, a per létrejöttének szakát képezte. És jóllehet a későbbi római perben az eredeti alaki kidomborodás el is tűnt, a kettéosztás lényegileg fenmaradt, a *litis contestatio* befejeztének időpontja az eljárást most is az említett két szakra osztotta.

A pernek ezen átmetszete<sup>3</sup> a középkor perében is

<sup>2</sup> Műszó hiányában mégis gyakran rövidség okáért jogvita és jogállítástól szólok és az olvasóra kell bíznom ezen kifejezéseknek kiterjesztését.

<sup>3</sup> Amely mellel a german perben sem volt ismeretlen. L. Plank Beweisurth. 6. §.



fentartotta magát. A L. C. előtti eljárás, amely ugyan a peralapítás elemeinek fel nem ismerése folytán, egyéb oda nem tartozó kérdések tárgyalása által helytelen kiterjesztést nyert, úgy a glossatorok és utódaik perében, mint a közös német perben és az 1848. előtti magyar perben is a peralapítás szaka volt. Az eshetőségi elv ugyan a peralapítás szakát az érdemben való tárgyalás szakával összezavarta, és a legújabb német birod. bucsu (Reichsabschied) óta e két szak egy csekély maradványig összezavarva is maradt, de a peralapítás szaka ennek dacára a mai perben is lélezik és egy kissé mélyebb vizsgálat mellett kiválasztható. A külsőleg egymásba tolt szakok szétolthatók és miután a különszakokba tartozó cselekmények régi természetüket és következményeiket továbbra is megtarthatták, a dolog lényegének felismerése végett szét is tolandók.<sup>4</sup>

Mellőzve a per létrejötte körüli tárgyalásokat, itt csak azon cselekményekre fordítjuk figyelmünket, amelyek a pert közvetlenül okozzák, létrehozzák, amelyek tehát annak előfeltételeit is képezik. Ha kérdezzük, hogy általában miben állanak e cselekmények, a feleletet a per fogalma adja kezünkbe. Egy oly jogviszonynak kell létrehozni, amelyben valamely magánjogvita a felek és bíróság közreműködésével tisztázathassék és elintéztethessék. Egy e célra alkalmas jogviszony megalapítása végett a feleknek és bíróságnak hozzájárulása, a perviszonyba

<sup>4</sup> Ha pl. Wieding Just. Libellpr. §. 1. Bekker Aktionen II. 259. I. és főleg Krit. Vierteljahrschr. XVIII. 11. és 12. I. az in iure stadiumnak lételét a mai perben tagadják és Bekker az utóbb említett helyen oda nyilatkozik „und (muss) die Geneigtheit unserer Civilprocessgeber bezweifeln, das gerichtliche Verfahren in Civilsachen wiederum nach alt-römischen Vorbilde in die Abschnitte in iure iudicio zu zerlegen“ — úgy ez nézetem szerint nem egyéb, mint a római specialitások miatt a római permegosztás lényegét fel nem ismerni. Az itt vázolt alapgondolat benn volt a római perben, és annak benne kell lennie a maiban is, és a törvényhozás feladata leendő azt öntudatosan érvényre juttatni. Egyébiránt Bekker (Krit. Vjschr. u. o. 4. I.) maga mondja, hogy azon igazság: Dass der Prozes ein Rechtsverhältniss, ein grosser Fund von Bedeutung und Unzugänglichkeit, és így azt sem fogja tagadhatni, hogy a pernek mint jogviszonynak létre is kell jönni.



való bocsájtkozása és az elintézendő vitának constatalása szükséges. Különösen a feleket tekintve a peralapítás egyik oldalról (jog)állítás peralapítás végett, a másik oldalról (jog) tagadás peralapítás végett.

Ezen cselekményösszegnek, amelyet litis contestationak nevezhetünk, egyik alkatrészét képezi a kereset, és ez a helyes kindulási pont a kereseti cselekménynek megismerésére, amely ezek szerint peralapítási cselekmény, és pedig ezek közül az, amely a peralapítást kezdeményezi (nem csupán előkészíti.) A per megnyerése és távolabb a jognak érvényesítése, a keresetnek csak távolabbi, közvetett, esetleg elérhető célja, amelyre nézve ugyanazok állanak, amiket fennebb a per közvetett céljára mondtunk; a kereset lényegének felismerésére ezen cél hangsúlyozása nem vezet. Alább fogjuk igazolni, hogy a keresetnek ezen jellemzésén lényegileg nem változtat az sem, ha az eshetőségi elv folytán a keresetben már a tényalap is előadandó, ha az részben érdemleges cselekménnyé tétetik, amely a per megnyerésének is eszközül szolgál.

Miután a kereseti cselekmény a peralapítási cselekményösszegnek csak egy része, és magában a peralapítást be nem fejezi, annak legközelebb a peralapítás eszközlését, a többi tényezők azaz a bíróság és ellenfél hozzájárulását kell céloznia, amint szokás mondani, az a bírósághoz és az ellenfél ellen irányul; hozzá kell tennünk peralapítás végett. Ezen cselekménynek már most egy perbeli jog felel meg, amely azt kíséri, helyesebben amelynek lételétől annak sikere függ. Ezen jogot keresetjognak nevezhetjük. Hogy egy ily jog létezik, nem is szokott kétségbe vonatni; a vita amint láttuk annak miben léte körül forog. Mégis nem kerülhetjük el, hogy e jog felvételének szükségét ne indokoljuk, mert ép ez vet világot annak mibenlétére.

A per kiindulási pontunk szerint egy jogviszony, amely tehát jogilag szabályoztatik. E szabályozás által e viszony tartalma, a viszonyban állók jövő tevékenysége és ennek iránya jogokká és kötelezettségekké emeltetnek. Azonban a per egy előrehaladó jogviszony, amely alakul,



teljesen létrejön, lefolyik és befejeztetik. Ezen jogviszony egész életében jogilag szabályozva van, abban mindennek jog- és köteleességszerűen kell történni. Vannak tehát perbeli jogok és köteleességek, amelyek a peralapításra vonatkoznak, az *in iure* stadiumban nyilvánulnak. Ezen tétel az élet által könnyen igazolható. Ha keresetet nyújtok be, követelhetem a bíróságtól, hogy az szabályos keresetemet elfogadja és az idézés kibocsátása (vagy egyébként *ordinatio iudicii*, formula kiadása stb.) által a peralapításhoz hozzájáruljon és azt egyszersmind előbbre vigye. Ellenfelemtől pedig követelhetem, hogy az a keresetre nyilatkozzék vagy a pert elfogadólag, vagy akként, hogy nyilatkozatával a per eredményét nyujtsa (*confessio in iure*). A bíró irányában e jogom védelme jogorvoslatok által, az ellenfél ellen a *contumacia* hátrányai által eszközöltek. Ezen jelenségek magyarázatára egy jognak felvétele elkerülhetetlen; egy jognak, amely a peralapításra irányul úgy a bíró, mint az ellenfél ellen, és amely a kereset beadása előtt már létezik és a keresetben csak nyilvánul.<sup>5)</sup> A keresettel peralapítást követelek és pedig vagy joggal vagy jog nélkül, az előbbi esetben a peralapítást keresztülviszem, az utóbbi esetben nem.<sup>6)</sup> Ami itt felállított, lényegileg nem különbözik azon nézettől, amely a keresetjogot lehetőségnek, természetesen jogi lehetőségnek tekintti, a magánjogot per útján érvényesíthetni. E nézet tulajdonképpen csak közelebb van meghatározva és perjogi nyelvre átfordítva. Még közelebb állok Muther *actio* és Bekker római *actio* elméletéhez.

Egy elterjedt nézet a keresetjogot a magánjoggal, amely a perrel érvényesíttetni szándékoltatik, azonosítja.

<sup>5)</sup> A római *actio dandi et denegandi facultas* e részben lényeges változást nem szül; itt a jog csak tökéletlenebb volt különösen a *honorariae actiones* eseteiben; itt azon nézetet tartom követendőnek, amely előleges jogot vesz fel, amely szerint a praetor az *actio* adása által már egy jogot ismer el, persze olyan jogot, amely ezen elismerésre felelté reá szorul.

<sup>6)</sup> A keresetjognak per-előfeltételi jellegére nézve I. Muthernek már előadott fejtegetésein kívül még Heyssler, *Zeitschrift für privat u. öff. Recht* I. 129. és 130. l.



A mi keresetjogunkról ezt nem lehet állítani. A magánjognak a peralapítás keresztülvihetése miatt nem kell létezni, sőt ha létezése bizonyos, peralapításra nem is kerülhet a dolog.<sup>7)</sup> A magánjog létezése az ítéletig bizonytalan, nem érvényesíthetjük, már pedig a mi keresetjogunknak az ítélet előtt a peralapításnál léteznie kell, és az a peralapítás befejezésével érvényesült, célját elérte. Egyébiránt itt sem állítok újat, miután általában elismertetik, hogy a peralapításhoz a magánjognak *l é t e z n i e* nem kell, hanem csak *á l l í t t a t n i*. De azt sem mondhatjuk, hogy az itt felállított keresetjog (amelynek ama másik keresetjoggal való azonosságát alantabb leendő feladatunk kimutatni) a perben egyelőre, azaz az ítéletig létezőnek tekintetik, amint ezt Bekker (Aktionen I. 13. l.) mondja; mert ha a keresetjog nem létezik, a per meg sem állapíttathatik és akármikor kiderül, hogy nem létezett, a per beszüntetendő vagy a felső forum által megsemmisítendő, úgy a marasztaló, mint az elutasító ítélet érvényes pert, tehát keresetjogot feltételez. Bekker felvétele egyébiránt melleleg nézetem szerint nem római; ha a praetor a iudicium alapítási jogot elismerte és az actiot megadta, akkor az illetőnek ezen actioja meg volt, és pedig mint valóban létező, nem pedig egyelőre létezőnek képzelt actio.

Ezen keresetjog tehát valóban létező magánjogot nem előfeltételez és mégis létezik. Ugyancsak a fentiek miatt nem lehet e keresetjog a magánjognak kifolyása, vagy abból annak sértése folytán eredő jog, vagy csupán csak az in concreto létező magánjognak alkatrésze.

A mindennap lefolyó perek elfogulatlan szemlélete ezen jognak inkább következő képét nyújtja. Mindenkinék, aki általában valamely államban jogvédelemben részesül, meg van azon önálló joga, hogy bizonyos állítások iránt mást perbe idézhessen, tőle követelhesse, hogy a peralapításhoz hozzájáruljon, a bírótól pedig, hogy az állítás vizsgálatába és bírálatába bocsátkozzék. Ezen jog nem is annyira a magánjog oldalán, mint inkább a közjogén áll.

<sup>7)</sup> Persze akkor sem, ha nemlétezése bizonyos, mert a pernek ekkor sem volna célja, az ekkor is felesleges volna.



Az közjogi viszony alapítására irányul és azzal szemben közjogi perbeli köteleességek állanak és pedig alperes részéről is, ki a perviszonyba nem valamely magánjog, hanem közjog folytán és mint az államnak, vagy egy bizonyos bíróságnak alávetett tartozik résztvenni. A keresetjog ezen közjogi természetének felismeréséhez nem szükséges oly mesterséges kerülővel eljutni, mint azt Muther teszi; az a per közjogi természetéből és annak a háromoldalúságából önkényt folyik. Egyébiránt nem akarok arra túlságos súlyt fektetni, hogy a keresetjog közjog; a köz- és magánjog közötti különbség sok esetben összefolyik, az életben a kategóriák nincsenek mindig oly élesen megvonva, mint ez az iskolában felállítatik. Csak a peralapítási jognak a magánjogtól való különbségét akarom ezzel kiemelni. Ha a polgári pert a köz- és magánjog között álló jogintézménynek tekintjük, akkor a keresetjog is ily a köz- és a magánjog között álló jog.<sup>8)</sup>

Felfogásom megvilágításául álljon itt még egy Bülow által a perviszony természetének megvilágításául sikerrel használt hasonlat. Ez a compromissum. Itt is (szerződési) jogom van peralapításra, e jogom nem egyéb, mint keresetjog, persze ez esetben magánjogi keresetjog. Ezen keresetjog sem azonos azon joggal, a melyet a választott bíróság előtt érvényesíteni akarok és a melynek az érvényes választott bírósági per létrejöttéhez szintén nem kell létezni. Ezen hasonlat minden lényeges pontban talál és a keresetjog egész tanán keresztülvihető.

Közelebbi meghatározását a keresetjog még a következő megfontolásból nyeri. A kereset- azaz peralapítási jogot felperes csak a per céljának megfelelően veheti igénybe. Más szavakkal a peralapításhoz valamely magánjog-vita, a per tárgya lévén szükséges és peralapítás csak ily magánjogvitának létesítése által történhetvén, szükséges, hogy felperes keresetével ily magánjogvitát inscenirozzon, azaz maga részéről a vita és a pertárgy szorgatlatásához és pedig kezdeményezőleg hozzájáruljon, a

<sup>8</sup> Lásd egyébiránt a keresetjognak a magánjoghoz való állását alantabb.



megvizsgálható jogot, mint őt megilletőt és valóban létezőt állítsa. A keresetjog a per céljának megfelelőleg tehát csak bizonyos állítások iránt létezik. Ezen állításokat a kereset alapjának, legközelebbi alapjának vagy címének nevezhetjük. Bizonyos állítások alapján van keresetjogom, mások alapján nincs; e részben minden attól függ, hogy a pernek mi lehet a tárgya, hogy annak köre („Umfang des Civilprocesses“) miként van megállapítva Pl. mindenkit beperelhetek kölcsön címén, de nem kártyaadósság vagy fogadás miatt. Ez a finomabbja. A durvábbja: nincs polgári peralapítási jogom fenytő vagy közigazgatási címen. Ez alapon nincs jogom követelni, hogy a bíró perbe bocsátkozzék, alperes a pert elvállalja.

Miután felperesnek a peralapítás végett mindig egy meghatározott címet kell állítani, annyiféle keresetjogot lehet megkülönböztetni, a hány a peralapításra alkalmas, kereshető cím létezik, és ez alapon joggal azt lehet mondani, hogy felperesnek mindig egy meghatározott keresetjogot kell gyakorolni, hogy célt érjen. Hogy részletesen melyek legyenek ezen címek, hányféle keresetjog van, ezt itt előadni nem lehet célunk. Sőt, miután, amint látni fogjuk, a keresetjoggal egy bizonyos irányban a magánjogban is lehet és kell foglalkozni, ez célszerűbben a magánjog tárgyalóihoz utasítható, és szokott is utasíttatni. A perjogban a keresetőség körét e mellett elég általában meghatározni és a határvonalakat legfeljebb ott szükséges tüzetesebben megvonni, hol ez a magánjog által nem történik meg, így pl. a fenytő és közigazgatási ügyek irányában.

Egyet azonban ki kell emelnünk. Fennebb láttuk, hogy a pernek tárgya nem feltétlenül, csak érvényesíthető jog iránti vita lehet, hanem az állam a pert közvetlenebb módon is teheti a jogvédelem eszközévé. A keresetjognak most kifejtett fogalmával nem ellenkezik, hogy az nem csak érvényesíthető jogok, sőt a jogokra befolyással bíró állapotok és egyes ténykörülmények állításához legyen kötve. A mi felfogásunk szerint egyáltalában nem szükséges ezen állapotok vagy tények keresetőségének magyarázatára, jogokat mesterségesen alkotni, miután ott



hol a keresetjog érvényesíthető jog állításához van kötve, sem szükséges ezen jognak létele, miután a keresetjogot épp nem származtatjuk valamely concret alanyi magánjogból.

A keresetjognak itt leírt fogalma úgy a római, mint a mai jogban feltalálható.

Az, hogy a praetor a formularis eljárásban a iudiciumhoz nem csak hozzájárult, hanem azt egy sajátos római értelemben meg is alkotta, amennyiben az actiót egy concret esetekben működő törvényhozóként megadta, felette fontos tény a római jogfejlés megérthetéséhez, de az actio fogalmát nem teszi ki, annak nem lényeges alkat-eleme. A legis actiók idejére a praetor ily tevékenységet fel nem vehetjük, és a későbbi jogban a bíró e hatalommal szintén nem élhetett és mégis voltak actiók.<sup>9)</sup> A kifejlett actio rendszer felvételét a justiniani compilatióba is, jele, hogy az actio lényege nem lehetett a praetor jogalkotó hatalma, a jogvédelemnek e sajátos közvetítése. És ha a praetori jogalkotás által létesített magánjogi szabályok átjöttek hozzánk, persze úgy, hogy bizonyos sajátosságaikat utközben elvesztették, ha a pactumból a mai jog lényegileg ugyanazon jogokat származtatja, melyeket hajdan a praetor, valóban nincs okunk ép az actiók tekintetében másként gondolkozni. Ha a keresetjog jogi minőségétől, erejétől eltekintünk, egyebekben a kifejtett fogalom ellen a római jog szempontjából kifogást nem tehetni. A keresetjog ott is egy bizonyos állításhoz volt kötve, amely ha vitássá létezett, a per tárgyát képezte. Intentio nélkül nincs actio, és az intentio valósága a római perben sem kívántalott meg ahhoz, hogy a iudicium létesüljön. Ellenkezőleg annak valósága a per érvényessége tekintetében a „Si paret“, és más részről a condemnatio és absolutióra való felhatalmazás által egyenesen közömbösnek declaráltatott. Mindezek dacára a római és mai actio rendszer között nevezetes különbség van, amelyet

<sup>9)</sup> Midőn Windscheid Actio, Schluss. 2. j. a legis actiók idejére is actiókat vesz fel, saját elmélete ellen, amennyiben az a magistratus jogalkotó tevékenységére alapíttatik, hatalmas érvet nyújt.



itt csak egyik oldaláról akarok feltüntetni. A másik, mélyebben fekvő oldala e különbségnek az összefüggés kedvéért csak alantabb III. alatt lesz előadható. — Azon tekintetben, amely itt szóba jön, jól mondja Bekker, hogy a sajátos római *actio* rendszer kifejlesztésére a keresetformulák és a személy-megosztás voltak legnagyobb befolyással.<sup>10)</sup> E tényezők jelentőségét így képzelem magamnak. A legis *acti*ók perében a peralapítás egy formalis *actus* volt. Annak formalismusa e korban önálló jelentőséggel bírt, a peralapítási ügyletnek ép oly formalisnak kellett lenni, mint más e korbéli jogügyleteknek. A formularis peralapítást ellenben a személymegosztás tartotta fenn és tette formalissá. Itt a formalismus az *in iudicio* eljárás miatt létezett. Az egyébként formátlan *in iure* eljárásnak egy formalis cselekményben, a formulában kellett végződni, hogy a *iudex* tudhassa, miről van szó, mi vitetett perbe. Hol személyelkülönítés nincsen, a formalismusra nem fektették súlyt, így az *extraordinaria cognitio*ban<sup>11)</sup>, és midőn a személymegosztás a régi értelemben megszűnt, a formalismus is alapját veszítve, megszűnésnek indul.<sup>12)</sup>

Azon befolyás, melyet e tényezők a keresetrendszerre gyakoroltak, röviden a következőkben adható elő. A legis *acti*ók perében csak határozott szavakhoz kötött címmegjelölés volt lehetséges. E szóbeli formulák, amint Gajus- és Pomponiustól tudjuk, határozott számuak és változhatlanok voltak, úgy miként a törvények. Nem lehetett azokat a konkrét esetekhez, amint azok ezt ép megkívánták, alkalmazni. Ezen peralapítási formák határozták meg már most a per tárgyát, és ennek legközelebbi következménye az volt, hogy a keresetjog nem valamely jogállításhoz magában véve, hanem valamely határozott szavakhoz kötött jogállításhoz volt kötve. E különbség nem volt közömbös. Az szükségképen arra vezetett, hogy az *actio* címek a jogcímeiktől megkülönböztessenek, hogy egy

<sup>10)</sup> Az itt következőkben általában erősen támaszkodom Bekker *acti*óiúra.

<sup>11)</sup> Lásd 47. § 1. D. de negotiis gestis 3. 5.

<sup>12)</sup> L. 1. 2. C. de formulis et imp. act. subl. 2. 58.



önálló *actio* rendszer alkottassék, amely a kereshető formalis állításokat tartalmazta. Az „*an sit actio*” kérdése ezen *actio* rendszerből döntetett el. E mellett egy második kérdésnek kellett felmerülni, ha előbb nem, az érdemleges, az in *iudicio* tárgyalás alkalmával, azon kérdésnek ugyanis, vajjon azon követelés, amely in *iudicio* formátlanul meg-alapított, amelynek létéről felperes a bírót meg akarta győzni, vagy meg is győzte, a legis *acti*óban előadott kereseti címben tartalmaztatik-e, azzal meg van-e jeelve, perbe van-e vive? Ezzel, mint másik kérdés, *adva* volt a „*quid venit in iudicium*.” Mindez oly természetes, hogy még akkor is felveendő volna, ha a forrásokból kiolvasható nem volna is. Hisz e kérdések mai nap is előfordulnak. Vagy ha keresetemben azt állítom, hogy alperesnek 1000-et kölcsön adtam, és midőn ezt alperes tagadja, kifejtem, hogy ez alatt *depositum irregulare*-t értek, nem kell-e a bírónak azon kérdéssel tisztába jönni, vajjon e *depositum irregulare* a perbe vitt kölcsönben benfoglaltatik-e, a kereseti állítással perbe vittnek tekintendő-e? Hogy azután miként dönti el azt a bíró, ez közömbös, a kérdés létezik. Ezen kérdésnek már most, amely nálunk is előfordul, a római formalis kereseti állítás mellett mennyivel inkább elő kellett fordulnia és élesebb alakban jelentkeznie. Hisz ismét nálunk is, amennyiben e részben némi formalismus uralkodik, a kérdés sokkal élesebben, szemléletőbben alakul. Így p<sup>tr</sup>sunk 93. §-a szerint munkabérek vagy díjak iránti keresetek a sommás eljárás alá tartoznak. Itt felmerült az a kérdés, vajjon az ügyvédi *honorarium* munkabéri vagy munkadíj kereset-e, és azon további kérdés vajjon ugyanezen keresettel az ügyvéd költségeit is érvényesítheti-e, kérdések, amelyeket amint tudjuk, a semmitőszék igenlően oldott meg. És hogy a közel *multa* hivatkozzunk, a 48. előtti magyar perben a percímnek a perbe vinni szándékolt joggal való összhangzása, nem egy fontos és sokszor megvitatott kérdés volt-e?

A római perben ezek mellett figyelembe kell vennünk, hogy a pernek két *stadiuma* élesen el volt különítve és hogy a kereseti állítások rövidek, a jogot átalánosság-



ban megjelelők voltak. Az utóbbi irányban Gajus (IV. §. 11.) értesít, hogy a legis actiók „ipsarum legum verbis accomodatae erant” és hogy a tulajdon megjelelésétől eltekintünk<sup>13)</sup>, Gajus szerint (IV. 18. §.) a dari oportere az in personam actio állandó intentiója volt, amely az actióval ellátott kötelmet jelezte. Itt azután felelte fontosnak kellett lenni azon körülménynek, hogy mely obligatiók (tot sunt, quot sunt causae) estek ezen dari oportere alá.<sup>14)</sup> Az actio intentiójának a quid venit in iudicium megállapítása végett való interpretációja, könnyen arra vezetett, hogy az eredetileg szűk keretű intentio értelme kibővítessék. Eredetileg úgy látszik minden kereshető jogviszony<sup>15)</sup> részére egy actio volt behozva, de utóbb a jogviszonyok szaporodtak és az actiók szaporodása ezzel nem tartott egyenlő lépést, hanem az élet szükségleteinek az interpretatio tett eleget. Így azután előfordult, hogy egy kereseti cím alá több jogviszony sorakozott, és hogy az actiók szaporítása után több actio egy jogviszonyt vitt perbe, és hogy azok köre egymást metszette.<sup>16)</sup>

Ezen állapotot a formulák perében lényeges változás nem történt. A formalismus most is fenntartotta magát. Igaz ugyan, hogy a praetornak szabadságában állott új actiókat létesíteni és adni, és az e jogával kiterjedt mértékben élt is. Azonban e mellett a régi technicus

<sup>13)</sup> A causa, amelyből a tulajdonjog származtatott, itt is csak általában lett említve, és a iudiciumban adatott elő; azon kérdés merült tehát fel, vajjon a iudiciumban előadott causa az „ex iure Quiritium meum esse”-t megalapította-e, és habár ez ellen fel lehet is hozni, hogy a causa remota a tulajdonjog lényegén nem változtat, más oldalról el nem felejtendő, hogy a kérdés ily alakban is feltehető; a felhozott tények a specialis római tulajdonjogot alapítják-e meg? és a megalapított jog, a meum esse ex iure Qu. intentióhoz kötött actióval érvényesíthető-e?

<sup>14)</sup> A conditio certi formulája később is csak a dari oportere volt és ha megsejtés nélkül adatott ki, több különféle obligatiót foglalt magában. L. Bethm. Hollw. Civil pr. II 88 §. 22. jnél és Cicero-nak oratióját pro Roscio comaeo Bethm. H. Anhang. 124. §.

<sup>15)</sup> Hogy itt miért szölok jogviszonyról és nem jogról, ennek okát alantabb III. alatt fogom adni.

<sup>16)</sup> Felelte érdekes hasonlatokat nyújt az angol keresetrendszer kifejlése I. Rüttimann d. engl. Civilpr. §. 34—75.



címek megtartattak, sőt a praetor új actiók alkotásánál is a régi kifejezéseket lehetőleg felhasználta (*fictio*), természetesen, mert a formulának rövidnek kellett lenni<sup>17)</sup> és a iudexnek mégis tudni, hogy miről van szó. A praetor szükségesen kívül nem adott új actiókat, persze ahol a régiekkel ki nem lehetett jönni, nem tartózkodott újakat adni, nevezetesen in factum conceptá-kat, de ezek is egyszer az actio rendszerbe felvéve állandósultak. Egészben véve tehát még mindig egy határozott megjeleléshez volt kötve az actio, és egy külön kérdés maradt, hogy ezen megjelelés alatt mit kell és lehet érteni. Másrészről az actio rendszer önállósága még emelkedett az által, hogy az actiók szaporítottak, hogy különféle okokból új actiók állítottak fel, nem csak még védtelen, hanem már actióval ellátott jogviszonyok tekintetében is. Az, hogy egy jogviszonyt több actióval lehetett érvényesíteni, most még inkább előfordulhatott, de azért előfordult az is, hogy egy actio több jogviszonyt vitt perbe<sup>18)</sup>, ritkábban az előbbi korhoz képest, hogy jogviszony actio nélkül maradt.

Midőn a személymegosztás megszűnt és a formulák eltöröltettek, az actio rendszer önállósága is hanyatlott. Nem annyira az volt többé a kérdés, hogy minő kereshető állítás tétel, hanem hogy minő jogviszony adatott elő. Míg előbb a keresetjogból kellett a perbevitt jogviszonyra következtetni, most inkább a közvetlenül megjelölt jogviszonyból kellett a keresetjogra következtetni. Nem az vizsgáltatott többé, hogy minő actio alá minő jogviszony tartozik, hanem hogy az előadott jogviszony minő actio alá tartozik. Azonban ezzel nem akarok azon

<sup>17)</sup> Minő képe lett volna pl. egy bonyolult társasági viszonyban adott formulának, ha abban minden egyes igényt tüzetesen fel kellett volna sorolni.

<sup>18)</sup> Ezen állítást igazolja egyebek helyett Ciceronak fennidézett oratioja, mely érthetlen volna, ha felvesszük, hogy a rómaiaknál actio és jog, vagy jogállítás azonos lett volna. Itt még különösen csak a fr. 5. D. de exc. rei iud. 44. 2-re akarok utalni, amely szerint a mandati actióval, a negotiorum gestorummal és a condictióval de eadem re lehet agere, — és általában arra, hogy a római forrásoknak az actióval foglalkozó helyei ezen felfogás mellett egész más világos képet nyújtanak.



nézetemnek kifejezést adni, mintha a keresetjognak régi megjelelése a későbbi perben elő nem fordult volna, sőt azt hiszem, hogy az elég gyakran alkalmaztatott is, amint ezt nézetem szerint is, Theophilos parafrasisa és a justiniani compilatio igazolja. Ezen változás dacára a justiniani gyűjtemény még az actiók nyelvén van szerkesztve és annak megérthetéséhez az actio állítást és a jogviszony állítást meg kell különböztetni, habár csak elméletileg is.

A középkor jogászai a római actio mibenléte iránt, a régi római perrel való ismeretlenségök mellett nem bírtak maguknak helyes képet alkotni. Az általuk szerkesztett és a gyakorlatban is elterjedt kereset formulák közvetlenül a perbe vitt jogot jelelik meg.<sup>19)</sup> Egy ettől különálló állításként, amelyhez a keresetőség kötöttség, a keresetnek technicus nevét lehetne ugyan tekinteni, amely németek szerint a keresetben szintén előadandó lett volna, de ezen nézet a kánon jog által, legalább a doctrina felfogása szerint elvetetett. Egyébiránt a jognak megjelelése formátlan volt és nevezetesen a tényalap előadása által is történhetett, és ezen megjelelési mód, amely az obligatiók individualizálásánál úgy sem volt elkerülhető, volt a közönséges. Ezen előadásnak netalán határozatlanságait a kérelem, amely egyuttal conclusio jelentőségével is bírt, pótolta. Az ügybeli kérelem, amely a római jogban ismeretlen, vagy legalább is később a keresetnek nem lényeges része volt, lassanként a keresetnek nélkülözhetetlen alkatrészévé válik, és fontos szerepet játszik annak meghatározásában, hogy mely jog és mennyiben vitetik perbe. A római jogban e részben az intentio volt irányadó, most a tényalap és kérelem. Különösen kiemelendő, hogy az előbbinek a keresetben való előadása e korban még csak azon szempontból történt, hogy ezáltal a jog megjeleltessék. A jognak megalapítása csak a litis contestatio után, az interrogatiók, positiók és articulusok által eszközöltetett.

Ezen utóbb jelzett irányban az eshetőségi elvnek a keresetnek alkalmazása változást idézett elő, amennyiben

<sup>19)</sup> Hogy itt miért mondok jogot, az alábbiakból III. fog kitűnni.



a tényalap most már a per megnyerése végett sub poena praecclusi előadandó.

A befolyás, amelyet e szabály a jogmegjelelésre gyakorolt, a következő. Miután csak azon jog ítélhető meg, amely a keresetben meg is alapított, a keresetnek gyakorlatilag legfontosabb alkatrészévé a tényalap válik. A doctrina most már a kereset legközelebbi alapjára, a jogállításra nem fektet súlyt, hanem a keresetlevél alkatrészeiül a tényalapot, jogalapot és kérelmet tekinti; az, hogy emellett, helyesebben, hogy főleg a keresetnek lényeges alkatrészét a jogállítás képezi, egészen háttérbe szorul.

Ezen az elméletben előidézett változás azonban, (amelynek a keresetjog fogalma elhomályosításában nagy része van), a valóságnak meg nem felel. A keresetben ma is jognak vagy a per tárgyát képező más állításnak kell megjeleltetni, és a kereshetőség ma is ezen állításhoz van kötve. Azonban ezen állítás megjelelése most már szabály szerint a tényalap és a kérelem által történik. E szabály azonban ismét közvetlenül nem a megjelelésre, hanem a permegnyerésre vonatkozik és a megjelelésre csak annyiban bír befolyással, hogy azon állítás tekintendő perbevittnek, amely megalapított és amelyből a kérelem folyik. Hogy e mellett általában megnevez-e felperes valamely jogot, és ha igen, melyet, továbbá hogy minő jogszabályt idéz, ez közömbös, mert az, hogy nem a megalapított, hanem egy más e mellett megnevezett jog vitessék perbe, józanul fel nem tehető, miután felperesnek szándéka csak oly jogállításra terjedhet, amelynek alapján a pert meg is nyerheti. Hamis volna azonban azt állítani, hogy az eshetőségi elv hatálya ezen interpretationalis szabályon túl terjedne. Nevezetesen a peralapítás végett elégnék tartandó, ha felperes azon állítást, amelyhez a keresetjog kötve van, más módon is adja elő. Tehát pl. tulajdonjogot perel a tulajdonjog megalapítása nélkül. Sőt obligatióknál is előfordulhat, hogy a jogot előadja, a nélkül, hogy azt megalapítaná. Pl. alperest azon kölcsön iránt perli, amelyet annak X. adott, és amely jelenleg őt, felperest illeti, azt, hogy mely okból illeti



jelenleg őt a követelés, elhallgatva. Hogy a per a keresetjognak ily előadása alapján is érvényesen létrejöhet és hogy az oly kereset alapján is érvényes érdembeli (elutasító) határozat keletkezhetik, a tény alap előadását elrendelő szabály mibenléte által igazoltatik.

Az eshetőségi elvnek ezen alkalmazásában épen nem volt célja az *in iure* eljárás alkatrészeit szabályozni, a keresetjog mikénti megnevezését előírni, hanem csak az *in iudicio* eljárás egy részét akarta az *in iure* eljárásba betolni, azon külső, célszerűségi indokból, hogy ez által az eljárás rövidíttessék. Ezen áttolás által pedig az *in iudicio* eljárás e részének természete, magában véve, nem változik. Ha a tényalap a keresetben elő nem adatik, ennek következménye csak ugyanaz marad, mintha az előbb az *in iudicio* eljárásban elő nem adatott volna. Valamint az ellenkező, úgy ez sincs ugyan a legújabb bir. bucsu szabályaiban kimondva. De az itt állított következmény folyik abból, hogy itt a lit. cont. másik oldalára, az alperesi nyilatkozatra, hason *cumulatio* van előírva, és ott a tényalap alperesi kibővítésének, a kifogásoknak (tágabb értelemben) elmulasztásához világosan a *praeclusio* következménye köttetik, nem pedig a pernek érvénytelensége. Ami ott áll, annak itt is kell állani, mert mindkét esetben az eshetőségi elv működik.

Az ellenkező nézet következetesen arra vezetne, hogy felperes keresetével érdemileg sohasem volna elutasítható, ha annak megalapításában valamit elmulasztana: tehát pl. azon esetben, ha felperes az osztrák ptkv szerint ajándékozás teljesítésére perelne és keresetében ott, ahol ez szükséges, írott szerződés kötését nem állítaná. — Hasonlag nem volna érdemleges elutasító határozat hozható, ahol csak azon kérdés volna kétes, vajjon a felperes által állított tények az általa igénybe vett jogot megalapítják-e? Nem végződhetnék továbbá érdemleges ítélettel azon per, amelyben alperes a felperes által a tényalap előadása nélkül állított tulajdonjogot beismeri, de a tárgy restituálása ellen valamely szerződésből kifogást emel.

Nem lehet azonban tagadni, hogy az eshetőségi elvnek a keresetre való kiterjesztése a peralapításra is birhat



befolyással. A bíró ugyanis tiszta támadási cselekményeket, ha azok szándékolt eredményre nem vezethetnek, pervezetési tevékenységénél fogva a további hasztalan eljárás elvágásával azonnal visszautasíthat. Ezt megteheti a keresetnél is, ha annak tényalapja az igényelt jogot nem igazolja. Szorosan véve ezen esetben a bíró a keresetet nem mint peralapítási, hanem mint érdemleges cselekményt utasítja vissza, az egyszer megtörtént visszautasítás azonban a peralapítást is meghiusítja, és ezen egyoldalu visszautasítás azután következményeire nézve a keresetnek a peralapításhoz szükséges kellékek hiányából való visszautasításától nem különbözik. És mégis az említett megkülönböztetés nem elméleti szörszálhasogatás, mert az egy más irányban gyakorlati következményekkel is bír. Ha ugyanis a bíró a tényalap előadásának hiánya miatt a keresetet a limine vissza nem utasítja, a per érvényes leend. A felek nevezetesen a bírót e vissza nem utasításért nem vonhatják kérdőre, — felperes nem azért, mert a bíró kérelmét teljesítette, alperes nem azért, mert ő reá nézve ebből hátrány nem származhatik. A tényalapnak a keresetben való elő nem adása, az eshetőségi elv folyamán tehát csak impediens perakadály, nem pedig dirimens és az előbbieknél is csak azon sajátzerű neméhez tartozik, amely egyedül a bíró által vehető figyelembe. Egyébiránt meg kell jegyezni, hogy a mi gyakorlatunk még a bírónak sem adja meg azon jogot, hogy a tényalap előadásának hiányát a limine figyelembe vehesse. Általában pedig kiemelendő, hogy ott, hol eshetőségi elv nem uralkodik, a tényalapnak a keresetben való előadását felperestől megkivánni, a felek egyenjogúságávallellezik. Így nevezetesen nálunk is, a sommás eljárásban.

E fejtegetés eredményét összefoglalva, nézetem szerint a római és a mai keresetjog között a különbség egyelőre abban állapítható meg, hogy ott a peralapítási jog egy formalis állításhoz volt kötve, amellyel a per tárgyát meg kellett jelölni, míg ma a per tárgyának megjelölése alakatlan. Ott a mikénti megjelölésen, itt a megjelölésen általában fekszik a súly. Bármily fontos következményekre vezessen is azonban e különbség, azt mégis



határozottan kétségbe kell vonnom, hogy a római és mai keresetjog között a fogalom lényegébe bevágó különbség léteznék, hogy nevezetesen a mai jog értelmében keresetjogról és pedig lényegileg ugyanazon keresetjogról nem lehetne szólni, amelyet a római jogban feltalálunk. A keresetjog itt is ott is egy bizonyos állításhoz kötött peralapítási jog.

A különbség, amely a római és a mai jog felfogása között van, amennyiben azt eddig kifejtettük, már azon nevezetes körülményt vonja maga után, hogy ott közelebbi korlátolás nélkül, mindaz, amit a formalis intentio felölelt, a per tárgyát képezte, a perbe vitetett; holott mai nap mindig csak különösen előadott jog vagy hason állítás tekintendő perbevittnek. Végelemzésében itt is ott is az állított pertárgy vitetik ugyan perbe és a különbség eddig csak formális, a mikénti megjelelésen alapuló, de in concreto annak elbírálásánál, hogy mi vitetett perbe valamely keresettel, felette fontos.

### 3.

#### A perjogi és a magánjogi keresetjog.

Amint fennebb láttuk, Windscheid Muthernek keresetjogát lényegében elfogadja, csakhogy ő azt a magánjogi keresetjogtól megkülönbözteti és csak mint perjogi keresetjogot ismeri el, a magánjogi keresetjogot pedig a mai jog szempontjából egyenesen elveti. Ugyanezen ellenvetés volna az előbb általunk kifejtett keresetjog ellen is tehető. Felhozathatnék, hogy mi itt a perjogi keresetjog fogalmát állapítottuk meg, holott a vita egy más, magánjogi keresetjog körül forog. Ezen ellenvetés nem egészen helyes. Bizonyos tekintetben áll, bizonyos tekintetben nem, azaz közelebb a dolog úgy áll, hogy ugyanazon keresetjogot más körülmények között, más összeköttetésben szemléljük. Hogy a magánjogi keresetjogban is ugyanazon keresetjogot szemléljük, kitűnik a következőkből.

A peralapítási jog amint láttuk valamely perelhető állításhoz van kötve és csak mint ilyen létezik. Azon kérdés eldöntése tehát, vajjon van-e keresetjogom, azon kérdés körül forog, hogy mi iránt akarok pert indítani.



Nagyon közel fekszik ez okból, hogy ezen állítások, címek, a kérdés sarkpontjaként különösen kiemeltessenek. Ezen felfogás mellett kereshető és nem kereshető címekről fogunk szólni és a keresetjogot e címek tulajdonságainak fogjuk tekinteni. Ez a keresetjognak előadott elméletével tökéletesen megfér. A dolognak ezen oldalról való felfogására különösen a magánjog van utalva, mert az ép e címekkel, a magánjogokkal és a magánjogi tényálladékokkal foglalkozik. Sőt a magánjog álláspontjáról még tovább kell mennünk. Ugyanis a magánjogban a magánjogok nem mint csupán állítottak, hanem mint valóban létezők, mint létrejöttek tárgyalatnak, mert hisz a magánjog főfeladata ép e jogok tartalmát megállapítani és az erre vonatkozó szabályokat előadni. És ugyanez áll a magánjogi állapotokra és egyéb magánjogi tényálladékokra nézve is, ezek is befolyásukban mint valóban létezők szabályoztatnak. Ezen felfogás mellett azután igen természetes, hogy a címek alatt valóban létező jogok és egyéb tényálladékok értetnek, és ezeknek azon tulajdonsága említetik, hogy kereshetők, hogy irántuk pert is lehet alapítani. A dolog lényege most sem változott, csak a szempont, és e szempontváltoztatás a keresetjognak fennebb előadott elméletével még mindig megfér. Midőn a valóban létező jogoknak kereshetőségéről szólnunk, ez alatt ugyanazon keresetjogot értjük, amelyet fennebb perjogi keresetjognak neveztünk.

Mielőtt odább mennénk vizsgáljuk meg, hogy minő álláspontot foglal el a kereshetőség, azaz a keresetjog a valóban létező magánjoggal szemben. Egyelőre csak a magánjogoknál maradunk. Muther és a perbeli keresetjogra nézve Windscheid is azon régibb, Savigny által elvetett elmélethez hajlanak, hogy a keresetjogok a jogoknak egy önálló osztályát képezik. Ez hamis. A keresetjog a címhez elválaszthatatlanul hozzá van kapcsolva, független ugyan a valóban létező magánjogtól, de nem az állított magánjogtól, és ha egyszer az állított jog alatt a magánjog szempontjából valóban létező jogokat látunk, nem ezektől. Az sem áll, hogy adnexuma a jogoknak vagy a jognak sértéséből eredő változása. A keresetjog



a magánjognak immanens tulajdonsága. De azért nem maga a jog. Ha teljes jogom van, van keresetjogom is, de azért mert keresetjogom van, nincs szükségkép jogom. A keresetjog az, ami a jogot teljes joggá, kikényszeríthetővé és pedig a kikényszeríthetőség teljes fokával ellátott joggá emeli. Valamint a kikényszeríthetőség, vagy ha a kényszer rút fogalmát ki akarjuk küszöbölni, az erőhatalommal való valósíthatás, a jognak immanens tulajdonsága: úgy e valósíthatás állami közvetítője a perelhetőség is, amely nélkül ama kikényszeríthetőség üres ígértet volna. A jogban, a tárgyilagos jog által adott hatalomban benne van azon erő, hogy magát valósíthassa.

És mindezekkel hogy egyezik meg azon állításunk, hogy a keresetjog közjog? Nézetem szerint a legszebben. Ép ez vezet a legnagyobb harmoniára. Az életben, a valóságban a köz- és magánjog közötti válaszfal nem oly éles, amint ez az iskolában felállítatik. Ezen elkülönítések inkább csak az álláspontoktól függenek, amelyről az egészet szemléljük. Nevezetesen az államban lévő magánjogélet nem képezi az egész jogéletnek egy kőfállal elkülönített részét. Ez mindennek előtt abban mutatkozik, ami a magánéleti viszonyokat, jogviszonyokká emeli, azaz a tárgyilagos magánjogban. Ez mint állami akarat a közjogi állománynak egy része. A jogképzés, nevezetesen a törvényhozás állami uton, közjogilag történik. És a szokásjog sem az adós és hitelező által, mint olyan által képezetik. Midőn az állam kimondja, hogy a kölcsönt vissza kell fizetni, ezt mint állam mondja ki, közjogi funkciót gyakorol. A magánjogviszonyok tehát közjogi talajon teremnek, jogi erejüket az állam közjogi funkciójából merítik. Az egyéni akaratba állami akarat helyeztetik. Ehhez képest nem is lehet csodálkozni, hogy a közjogilag megállapított magánjogi hatalom, akkor midőn erejére szüksége van, ismét oda fordul, honnan ezen erő származik, azaz az állam közjogi funkcióját veszi igénybe. Az állam polgárainak egymás közti magánjogviszonyaiban jogokat akar és ígér, és ezen akarata biztosítékául egyuttal a jogvédelmet, egy állami funkciót helyezi kilátásba, más szavakkal kikényszeríthető jogokat alkot.



Ezen kikényszeríthetőség a magánjognak másik közjogi, állami eleme. A magánjognak állami védelme szempontjából azokba egy közjogi, állami elem fektetjük, amely legközelebb a perre való jog, azaz a keresetjog.<sup>20)</sup> Igény az állam, azaz a bíróság ellen peralapításra, amely egyúttal a per fogalmánál fogva az ellenfél ellen is irányul. Továbbra a megalakult perből eredő közjogok védik a magánjogot addig, míg az a perből mint bíróilag elismert tűnik elő. Innentől kezdve pedig az mint vitatlan, mint *res iudicata*, közjogi elemét tisztázva hordja magában; az alanyi jognak állami valószínűsítése most már az előkészületen keresztülmenve, közvetlenül eszközölhető. A kérdés, vajon valamely alanyi magánjog a közjogi állománynak is része-e, el van döntve, és az egyes most már akaratát nem csak mint saját, hanem mint az állam akaratát is valószínűsíthetja.

Az, ami itt a keresetjognak a magánjoghoz való viszonyáról mondatott, könnyen átvihető egyéb kereset címekre. Az állapotoknak és egyéb ténykörülményeknek is immonens tulajdonsága lehet a keresetjog. Az állam a már elől jelzett tekintetekből ezen általa a magánjogélethez befolyásosoknak elismert körülményeknek önálló konkrét közjogi elismerést ígérhet.

Hogy a mai jog álláspontjának megfeleljünk, az eddig vázolt képet még egy körülménnyel kell kiegészítenünk. Ez az, hogy nálunk a jogképzés mindjárt minden irányban tökéletesen történik. Az állam nyilvánítja akaratát, hogy a magánjogviszonyokban mi legyen jog és egyúttal akaratának valószínűsítését megígéri. Ezen jogképzés mellett, a melyet a priori jogképzésnek nevezhetünk, a keresetjog egy előre adott eszköz, a mely szorosan céljához, t. i. az egyes akaratának állami akaratá (is) való szilárdításához simul. A védelem közvetlenül a jogosult akarat részére,

<sup>20)</sup> Hogy a keresetjogban van valami közjogi elem, ezt egyebek közt Unger is kénytelen elismerni (*Syst.* 113. §. 71.), de azért tagadja, hogy a keresetjog közjog volna és e felfogást a közjogi elem egyoldalú kiemelésének tartja. Ellene csak annyit, hogy ha a keresetjogban van valami közjogi elem, annak a magánjogban is meg kell lennie, mert a keresetjog épp Unger szerint nem egyéb, mint a magánjog. Ezt elismerve nem nehéz oda jutni, hogy e közjogi elem a keresetben épp nem egyéb, mint a „keresetjog, amely a magánjogot az állami állománnyal összeköti.”



az alanyi jog részére ígértetik és ezért a kereset címe az alanyi jog.

Csak kivételesen marad az állam akaratának pusztá kijelentésénél anélkül, hogy az ezen akaratra támaszkodó egyéni akaratnak védelmet is nyújtana. Ezen kivétel minket itt továbbra nem érdekel. A jogfejlés azonban más módon is történhetik. Lehetséges, hogy az állami akarat kijelentése és a valóítási ígélet külön utakon haladnak. Más szavakkal lehet, hogy a keresetcimeket nem a magánjogfejlés, hanem a perjogfejlés adja meg. Ezen uton haladt a római jogfejlés. Már a legis actiókról tudjuk, hogy azok külön alkottattak, *actiones compositae sunt*, a melyek a jognak egy külön részét képezték <sup>21)</sup>. Utóbb formulák alkottattak és e korban a kényszerithetőség momentumának utólagos kifejlése még inkább előtérbe lép. A kikényszerithetőség tehát a római jogban külön fejlődik. Azonban annak a magánjoggal mégis összefüggésben kellett állani, mert a per minden önnállósága mellett is, csak a magánjogért létezett, más szavakkal, magánjogi czimeket kellett alkotni, amelyek a magánjoggal összhangzásba legyenek. És ez úgy is történt, Pomponius szerint a legis actiók *ex his legibus (XII. tab.) compositae sunt*.

A dolgok ily állásánál nekem igen természetesnek tetszik azon eljárás, hogy a kikényszerithetőség ugyanazon címhez köttessék, a melyhez a magánjog elismerését köti. Ez a cím jogviszony. A magánjog az egyéni akarat jogosultságát csak akkor ismerheti el, ha az valamely jogviszonyban tartalmaztalik, közvellenül tehát ehhez, t. i. a jogviszonyhoz köti elismerését, és ugyanezt teszi a perjog a kikényszerithetőséggel. Különösen természetes lesz ezen eljárás előttünk a rómaiak szempontjából, közelebb azok objectiv világnézetének szempontjából. Ők a jogrendet nem az egyesek subjectiv álláspontjáról, hanem mintegy felülről, a tárgyilagosságnak szempontjából látják. Ezért nekik az obligatio fekszik közelebb, míg a germanoknak a tartozás és jogsértés.

Egyébiránt a keresetcimek ily megállapítására a

<sup>21)</sup> Pomponius fr. 2. §. 6. D. De orig. 1. 2.



rómaiakat más formalisabb okok is készíthették. Ugyanis a tárgyilagos jognak rendszerét a jogviszonyok adják meg és ha ezen rendszerből *actio* rendszert alkotunk, természetesen a rendszert ismét a jogviszonyokra fogjuk építeni. Továbbá, ha tipikus formulákat akarunk alkotni, azaz, ha a perjog — persze a római perjog — céljainak megfelelő keresetczimeket keresünk, amelyek "mindazonáltal az egyes jogokat védjék és pedig oly terjedelemben, a mint azokat a magánjog elismeri, ismét csak a jogviszonyban fogjuk az egyes jogok típusát feltalálni. A római jog tehát az *actio* fogalmát közvetlenül a jogviszonyhoz kapcsolja. az *actio* a jogviszonynak immanens tulajdonsága. A jogviszony perelhető <sup>22)</sup>, az a pertárgy, a *res de qua agitur*, az egyes jogok pedig csak mint ennek tartalma jönnek tekintetbe. Kleinschrod nézete ezek szerint helyes a *res* = jogviszony, közelebb az *intentio* által megjelelt jogviszony, persze csak ott, ahol a pertárgy egyáltalában jogviszony; ahol csak állapot vagy ténykörülmény, ott a *res* ezt jeleli meg, ép úgy mint nálunk <sup>23)</sup>. Néhány példában, a rómaiaknál a pertárgy, a *rem meum esse*, a stipulatióból, a végrendelet, kölcsön, *societas*, tutela mandatum-ból eredő jogviszony, nálunk az ezen jogviszonyban foglalt jogok. A rómaiaknál az *actio* czim az *obligatio*, a Haftung mint Brinz mondja <sup>24)</sup>; nálunk a követelés mint az *obligatio* tartalma. Az *intentio* alatt legközelebb a jogviszonyok értetnek. Még az *in factum concepta* formula *intentiója* is a tények által nem az individuális jogot, hanem legközelebb a jogviszonyt akarja megjelelni. Felperes az *intentióban* a jogviszonyt adja elő, a mely érvényesítendő jogait magában foglalja, ő tehát ebben kívánatát, azt a mit a per

<sup>22)</sup> Keller és Lit. Cont. u. Urth. 241. I. „Der Gegenstand der Consumption ist also nicht die formelle Klage, sondern das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniss in seiner modificirten Natur eines Klagerechtes.“

<sup>23)</sup> Hogy a rómaiak „*res*“ alatt mindig ily „directe a jogviszonyt értették volna, ezt nem akarom állítani, de ha e kifejezést az egyes jogokra vonatkoztatják is, azoknak a jogviszonnyal való összefüggését szem előtt tartják, a jogokat mint egy bizonyos jogviszonynak tartalmát jelelik meg. A jogviszony fogalma mindig szemük előtt lebeg.

<sup>24)</sup> L. Zeitschrift für d. privat. und öff. Recht I. B. II. Abh.



utján el akar érni, concludálja, a mint Gajus mondja „intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit.“ Ez a római felfogás. A mai felfogást adja vissza Bekker olvasása (Consumtion 38. l.) „ex qua — concludit.“ A hol az intentio a res-t nem határozza meg eléggé, ott a demonstratio segít, ahol pedig a felperes a jogviszonynak perbe viendő tartalmát akarja korlátozni, ott praescriptióval (pro actore) él.

Ezen actio rendszer további világosságot hoz a consumtio tanába. Ez magyarázza meg, hogy a rómaiaknál az actio cím miért vesztethette el a tulajdonságát, még mielőtt a jogviszonyból valamit követelni lehetett, még mielőtt az actio a mai felfogás szerint létezett volna. Hogy miért consummáltatott az obligatio, a melyben a teljes felfüggesztő feltételhez, vagy időhatárhoz volt kötve a litis contestatio által? Egy következmény, a mely a mai actiórendszer mellett be nem állhat, mert ma a jog az actio cím és ez létrejötté és pedig az actio címként való létrejötté előtt, nem vesztetheti el minőségét, ép oly kevéssé, mint a római jogviszony létrejötté előtt nem vesztethette el azt. Hasonlag felette tanulságos a római actio-rendszer ezen felfogása a consumtio terjedelmére nézve <sup>25)</sup>.

Egybevetve azt, amit a római actio-rendszerről itt és fennebb II. alatt mondtunk, azon eredményre jövünk, hogy a római jogban két actio-rendszer különböztethető meg: egy a processualis, a mely a perelhető jogviszonyok megjelenését és egy materialis, a mely a perelhető jogviszonyokat adja elő. Ehhez járul még egy harmadik rendszer, a melyből azon kérdés döntetik el, hogy az egyes jogviszonyok minő jogokat tartalmaznak. A pertárgyat először a formalis intentio (a mely egy vagy több viszonyt tartalmazhat) határozza meg, azután pedig a jogviszony.

<sup>25)</sup> A római actio-rendszer egyéb a magánjogra felette fontos következményeit kifejtteni nem célok. A correalitás fogalmára nézve jelenleg azon nézetben vagyok, hogy az egy percim, obligatio több actióval, melyek közül egynek consumtioja a többit is consummálja, azon szabálynál fogva, bis de eadem re ne sit actio. E mellett több követelés, a mely azonban csak egyszer követelhető. Természetes, hogy mai nap correalitásról nem szólhatunk.



A mai actio-rendszer sokkal egyszerűbb. Itt a jogok közvetlenül képezik a kereset-czimeket és a pertárgyat. Valamint a római actio-rendszer a rómaiak objectiv jognézetének, úgy a mi actio-rendszerünk a germán subjectiv jognézetnek felel meg<sup>26)</sup>.

Ezek szerint a Windscheid és Bekker által a mai és római actio között sürgetett különbség létezik és pedig nem csak a cím alakját, hanem miségét illetőleg is. A római actio mint kereshető cím más valami, mint a mai. De mindezek daczára, nem látok elegendő okot annak kimondására, hogy a mai jogban keresetjogról és kereset-czimekről és pedig a magánjog szempontjából is, nem szólhatunk. A jogok teljes képének szolgáltatásához mai nap is szükséges, hogy azok keresetőségéről is szóljunk, ahol azokat lerajzoljuk. Sőt a mai jognézet, még inkább utal arra mint a római, hogy a keresetőséget a magánjogban tárgyaljuk. Kell ezt annyival inkább tennünk, mert a mint mindjárt látni fogjuk, a keresetőség a magánjog szempontjából is, másként a per megnyerése körül is fontos szerepet játszik. Hogy azután a mai jogban a római kereset elnevezéseket megtartsuk-e, ez inkább izlés dolga. Annyi azonban bizonyos, hogy a mai nap pl. az actio mandati alatt nem meghatalmazási viszony keresetét, hanem az actio ex mandato-t, azaz a meghatalmazási viszonyban keletkezett valamely jog keresetét kell értenünk.

Az eddigiekben igyekeztem kimutatni, hogy a perjogi és a magánjogi keresetjog azonos, azaz hogy a valóban létező magánjognak ugyanazon kereset azaz peralapítási jog képezi immanens tulajdonságát, a melyet fennebb II. alatt a perjog szempontjából kifejtettem. Hátra van még a dolognak a másik oldala. Már kiemeltetett, hogy a keresetjog a magánjog szempontjából a valóban létező alanyi magánjognak immanens tulajdonsága, ami egyéb keresetcímekre is átvendő. A keresetjog tehát itt egy új összeköttetésben áll előttünk. Előbb a perjog szempontjából az mint egy állításhoz kötött, most pedig, mint

<sup>26)</sup> Romanizálva vagyunk azonban annyiban, hogy nem a jog sértés, hanem a jog vitetik perbe.



egy in concreto létező magánjoghoz kötött jelentkezik. A kereset címe, alapja tehát más. Az üres cím ki van töltve. Az azonos keresetjognak címe változott, más oldalról nézik. Előbb a cím realitásától eltekintettünk, most pedig nem. És ezen szempontból tovább is mehetünk. A keresetjog címétől nem abstrahálható; az csak címhez kötötten létezik. Ha már most a cím realitásától nem tekintünk el, hanem címül csak a valóban létezőt fogadjuk el, mondhatjuk, hogy ott ahol ily cím nem létezik, ezen szempontból felfogott keresetjog sem létezik. Másként, a hol perjogi keresetjogom van, még nincs szükségképen magánjogi keresetjogom is. Miután a perjogi keresetjog az állított cím létezésétől eltekint, azt abstract keresetjognak is nevezhetjük, ellentétben a magánjogi concret keresetjoggal.

A keresetjognak itt vázolt, különböző szempontból való vizsgálata nem meddő okoskodás, hanem gyakorlati szempontból is szükséges. Az állam bíróságai által a keresetjogot e két különböző összeköttetésben vizsgálattja és a per fogalma miatt kell vizsgáltatnia. A per célja az, hogy a pertárgy valósága vagy valótlanága megállapíttassék. Ezért az állam a peralapításhoz a cím realitását nem kívánhatja meg. Itt meg kell elégednie a pusztá állítással, és erre keresetjogot, valóban létező keresetjogot kell adnia. A keresetjogot most tehát csak egyik összeköttetésében fogja fel. Nem képzei a keresetjogot, de még a címet sem képzei. Mindkettő felesleges képzelődés volna, a melyből az államnak semmi haszna. Csak úgy okoskodik, hogy azon esetben, ha felperesnek állított joga léteznék, azt megvédené, és ezért jogot ad neki, hogy ez állításának létezését igazolhassa, legközelebb hogy ez iránt pert alapíthasson.

Azonban az állam részére a cím realis létezése csak is a peralapítás tekintetében közömbös. Midőn arról van szó, hogy az állam a (állított) jogot elismerje és érvényre emelje, ott már azt kell vizsgálnia, vajjon az állított jog azaz a pertárgya tényleg létezik-e. És az állam ezen vizsgálatát természetesen a jogra teljességben ki fogja terjeszteni, azaz azon irányban is, vajjon a jogban ben van-e a keresetjog, Természetesen, mert a bírónak azt kell meg-



állapítani, ami a perbe vitelett, ez pedig a kereshető cím, nem pedig a cím magában véve. Nem elég, ha a perből kitűnik, hogy alperes tartozik felperesnek, hanem annak is ki kell tűnni, hogy e tartozás ép az, ép olyan (csak-hogy tényleg létezik), mint a mely iránt a per megalapított. Az állam a jog valósítását el nem rendelheti, ha csak e jogot valósítandónak is nem találja, más szavakkal ha nem látja, hogy ezen jogban a keresetjog is benne van.

A keresetjog tehát a per megnyerésének is előfeltétele, és a perben másodszor mint ilyen, mint a magánjog szempontjából felfogott keresetjog vizsgálhatik. A keresetjognak, illetőleg összeköttetésének, vagy ha úgy tesszük a keresetcímnek mint olyannak ezen második vizsgálata, különösen az által válik fontossá, mert az állam a jognak kikényszeríthetőségét más körülményekhez is kötheti, mint pusztá létezését. A kikényszeríthetőség és ennek első lépcsője a keresetjog valamely egyébként létező jogból in concreto hiányozhatik és ezen szempont alá esik nevezetesen a keresetelévülés<sup>27)</sup> és a keresetconsumtio. Ezen esetekben a per létrejöhet, mert a kereshető jog állíttatott, de a pert nem lehet megnyerni, mert (az ellenfél által kimutatott, hogy) a jog a mely igazoltatott nem azonos az állítottal, nem egy perrelhető jog. Ezért ezen körülmények az in iudicio eljárásban vizsgálandók meg, ahol a jog létezése általában megvizsgálhatik. A mivel azonban nincs kimondva, hogy az állam a concret keresetjog hiányát perakadálynak is ne tekinthesse, sőt az sem, hogy ezen magánjogi körülmények néha egyenesen perelőfeltételi jelleggel ruháztassanak fel, a mint ez az újabb jogban a lilis pendenciával legalább néhol tényleg történik<sup>28)</sup>.

<sup>27)</sup> Hogy a rómaiaknál a kereset-elévülés csak azon időponttól kezdődik, amidőn a kereset materialis eredményre, a jog megítélésére vezethetett, ezt könnyű magyarázni.

<sup>28)</sup> L. az osztrák jogra nézve Heyssler az i. h. 146—148. l., a köz. n. jogra azonban l. Buchka Einfluss des Proz. auf d. mat. Rverhältnisse II. 145. l L. arra nézve, hogy a perelőfeltételek alkotására a positiv jognak minő befolyása van Plank Krit. Viertelschr. XI. Bülow Prozesseinreden kiválóan 170. l. Ezen kérdést egyébiránt csak mellesleg kívántam említeni, ne praejudicium fiat.



Az itt előadottakban igyekeztem a keresetjog elméletét kifejteni. Annak alkalmazását minden irányban keresztülvinni, célom már a hely szűke miatt sem lehetett, a mely általában korlátolt fejtegetéseimben. Egyébiránt azt hiszem, hogy az alkalmazást fő vonásaiban mindenki könnyen megteheti magának, nevezetesen azon irányban, hogy a római actio-rendszer következményei közül melyek és mily módon tarthatók fenn a mai actio-rendszer mellett is. A keresetelévülésről nézetem szerint a mai nap is szólhatunk. Ellenben nem szólhatunk kereset-concurrentiáról, hanem csak a jog-concurrentiáról, a „bis de eadem re ne sit actio“, mint a kereset-concurrentia-szabálya nem alkalmazható, hanem csak a „bona fides non patitur ut bis idem exigatur“ szabály áll fenn. Nincs correalis obligatiók, hanem csak solidaris. Az, hogy a keresetjog a magánjogi értelemben a jog előtt jöjjön létre, nem fordulhat elő; ellenben nincs kizárva, hogy a keresetjog utólag járuljon valamely joghoz. Így történik ez nevezetesen a jogbeismerés által. Ez új jogot nem alapít és magában véve nem keresetcím, de valamely jogot keresethetővé tehet. Ebből magyarázom azt is, hogy a keresetelévülés miért szakíttatik meg a jogbeismerés által (osztr. ptkv. 1497. §.) az általános magánjogban, és miért nem a váltó jogban (ált. vrsz. 80. §.). Ott a formátlan jogbeismerés is keresetjogot fektet valamely jogba, itt csak a formalis, váltói alakban adott, birhat-e hatállyal.

Fejtegetéseim bezárása előtt azonban el nem mulaszthatom, hogy azon eredményre ne utaljak, melyet a felállított keresetelmélet, a kereset-consumtio, a keresetelméletek eme próbaköve tekintetében nyújt. Hogy a lit. contestatio általi kereset-consumtio alapszabályát a „bis de eadem re ne sit actio“ képezi, Bekker (Cons.) óta általában elismertetik. Csak az a kérdés, hogy e szabály miként alapítandó meg, azaz hogy minő jogi okra vezetendő az vissza. Eltekintve a célszerűségi indokoktól, némelyek a lit. cont. szerződési természetére, vagy az az által előidézett novatoria, mások a perobligatióra vezetik vissza a consumtiót, míg ismét mások a formulának feltételes ítéleti természetét híjják segítségül. A legújabb író



a tárgyról Kleinschrod, a legis actiok korára a lit. cont. szerződési természetéből, a formulák perére nézve pedig a feleknek a formula kiadása által előidézett megkötöttségéből akar kiindulni, amelynél fogva azok a magistratus elé vitt jogvitájukat egyszer és mindenkorra jogilag és perbelileg szabályozottnak tartoznak tekinteni. A justiniani per idejére nézve pedig a nézetek nem csak a szabály meg alapítása, hanem még annak fenállása tekintetében is szétágaznak.

Nem szándékom a fenebb vázolt megállapításokat absolute helyteleneknek állítani, ellenkezőleg hibájukat inkább abban találom, hogy mindenik áll — habár nem is mindig ép úgy, amint kifejtetik, és ép azért ez uton megegyezés nem jöhet létre.

Az előadott keresetelmélet szerint a dolog így áll. A keresetjog = peralapítási jog, a peralapítással e jog érvényesült, a kötelezettségek teljesítettek, a jog ki van fizetve. A teljesítés által minden jogok megszűnnek, így a peralapítási jog is. Az állam minden címben csak egy valószínűsítési ígéretet helyez, és ezen valószínűsítési ígéretnek alkatrészei, amelyek a valószínűsítést lépcsőzetesen eszközlik, a peralapítási jog, a perobligatio és az obligatio judicati. Az első a peralapítással, a második az ítélettel és a harmadik a behajtással szűnik meg, és egyik obligatio a másik helyébe lép<sup>29)</sup>. A kereset-comsumtio tehát a keresetjogot szünteti meg, más szavakkal a címnek azon tulajdonságát, amelynél fogva az keresethető. Ezért mondhatom, hogy az actio consummáltatik, de azt is mondhatom, nevezetesen a római szempontból, hogy az obligatio tollitur, azaz a kötelmi viszony, de csak azon oldaláról, amelyről keresethető, azaz az obligationnak civilis minősége, a naturalis, nem perelhető obligatio továbbra is fenmarad. Azon, amit a per után valószínűsített, azaz a jogon, eltekintve közjogi elemétől, az egész per nyomtalanul halad el,<sup>30)</sup> ez végig megmarad az ami volt.

<sup>29)</sup> A compromissum hasonlata itt is talál.

<sup>30)</sup> Az esetleges „mora“-tól, a perbeli kamatoktól stb. az adjudicatiótól itt természetesen eltekintünk.



A kereset *consumtio* tana tehát egészen arra látszik teremtetve, hogy keresetelméletünket igazolja. Áll ez egyéb tekintetekben is. A perbeli és a magánjogi keresetjog azonosága fényesen valósul. Ellenkező esetben nem volna elképzelhető, hogy a perbeli keresetjog teljesülése miatt szüntesse meg a magánjogi keresetjogot. Hason igazolást nyer az is, amit a perjogi keresetjog önállóságáról, azaz annak a magánjogi cím *realis* létezésétől való függetlenségéről mondtunk. Ebből magyarázandó, hogy a perjogi keresetjog teljesülése egy másik azonos címre alapított keresetjog igénybevételét nem zárja ki, mindaddig, amíg arról van szó, hogy a per csak megalapítassék. Másként, hogy állított címemet és az ahhoz kötött keresetjogot fel nem használhatom, hanem csak a valóban létező címet és az abban létező keresetjogot. Ezért ha oly címet perellek, amely még nem létezik, tehát ha a rómaiaknál a perelhető viszony, mai nap pedig a perelhető jog létrejötté előtt perellek, keresetjogom nem *consummáltatik*.

Mindezek után azon nézetemnek akarok még röviden kifejezést adni, hogy valamint a mai jogban keresetjogról és pedig magánjogi keresetjogról lehet és kell szólani, úgy kereset-*consumtio*ról is. Hogy a magánjogi kereset *consumtio*ja, a per végcéljának, a magánjog végleges megállapításának befolyása mellett mennyire enyhített és általában minő módok között érvényesíthető, ezt tárgyalni itt nem feladatom.



## II.

### ADALÉKOK A KERESETJOG ELMÉLETÉHEZ.\*)

Dr. Degenkolb Henrik tübingai jogtanár „Einlassungszwang und Urtheilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen“ (Lipcse 1877. XII. és 286. l.) munkája alkalmából.

Nem céloim szabályszerű ismertetést vagy bírálatot írni, hanem inkább a kereset azon elméletéhez akarok további adalékokat szolgáltatni, melyet 1876-ban (e folyóirat V. kötetében 167—187. és 231—259. l.) „a keresetjogról“ közzétett dolgozatomban megállapítani megkísér tettem. Alkalmat nyújt erre a címben megnevezett munka különösen azért, mert szerzője fejtegetéseiben ugyanazon alaphól indul ki, mint én, t. i. a perből. Ennek folytán az eredményt illetőleg is sokban, mondhatni a leglényegese kben egyetértünk.<sup>1)</sup> De másrésről az egyéni felfogás, valamint a szerzőnek specialisabb célja a különállóság

\*) Megjelent a Magyar Igazságügy XI. kötetének 1879. április és junius havában kiadott IV. és VI. füzetében.

Az I. a. értekezéssel összefoglalva és kiegészítve németül is meg jelent Beiträge zur Theorie des Klagerechtes (Leipzig, 1880) címen.

<sup>1)</sup> Sajnálatomat kell e helyütt kifejeznem, hogy fennebbi érteke zésem német fordítása, melyet egy kiváló némethoni tudós egyenes kíváratára még jóval szerző munkájának csak 1877. végén történt megjelenése előtt eszközöltem, itt közelebb elő nem adható balesetek miatt, mindeddig közzé nem tétethetett. Sajnálom ezt nem csak azért, mert így az elsőségtől azon körben, hol az ily féle fejtegetések iránt érzék és érdeklődés létezik, bár csak részben elestem, hanem azért is, mert szerző fejtegetéseimet ismerve egyik másik irányban talán tovább és biztosabb uton haladhatott és az én tévedéseimet is kijavíthatta volna.



véghez vitt vizsgálódásokban természetesen eltérő eredményekre is vezetett és újabb kérdéseket is hozott felszínre, amelyek discussiója ép a közös alap miatt kívánatosnak látszik.

Célomnak megfelelőleg nem is fogok a munka összes tartalmára kiterjeszkedni, amely három, tulajdonképpen négy, egymással első pillanatra alig összefüggő értekezésből áll. Szerzője ugyanis eredetileg az u. n. elismerési vagy megállapítási keresetek (Anerkennungs- oder Feststellungsklagen) elméletéhez akart adalékokat szolgáltatni. A munka folyamában azonban általánosabb vizsgálódásokba kellett bocsátkoznia, amelyeket azután eredeti összefüggésükből kiválasztott (8. l.), és két, a munkában „a perbebocsátkozási kényszer és ítéleti szabvány” (Einlassungszwang und Urteilsnorm) közös cím alatt jelentkező értekezésben (1—128. l.) előre bocsájtott. A második, illetőleg harmadik értekezés után, mely a 129—239. lapon az elismerési vagy megállapítási kereseteket tárgyalja, még egy melléklet következik, „a színleges per méltatásához” („Zur Würdigung des Scheinprocesses”) cím alatt, melynek megírására szerzőt az elismerési keresetek modern, különösen pedig az új német perrendtartás szerinti alakulása és a typicus színleges per<sup>2)</sup> között mutatkozó belső összefüggés ösztönözte. A feldolgozás folyamában azonban nem csak a munka külső berendezése változott meg, hanem súlypontja is más oldalra, jelesül az első értekezésre nehezedett, melyben szerző az 1—80. lapon a perbebocsátkozási kényszerrel és általános keresetjog-elméletével foglalkozik. Joggal mondhatja most már szerző az egész munkához írt előszó élén, hogy: „A következő fejtegetések központját a keresetjognak a perbebocsátkozáshoz és

<sup>2)</sup> Ez alatt szerző Ihering és Bachmann nyomán érti: Die Anwendung processualischer Formen zu vertragsmässiger Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs. Zum Scheinprocess im juristischen Sinn — wird solches Handeln nur dadurch, dass und nur insofern als das objective Recht von sich aus dem „wahren Process einen jene rechtsgechäftliche Absicht ausschliessenden Zweck begrifflich zuspricht.“ 236. l. Azaz, ha egy jog a peres és perenkívüli jogszolgáltatás céljait nem különbözteti meg, a kettő közötti különbséget nem ismeri, akkor tipikus színleges perről sem lehet azon jog értelmében szólni.



ítélethez való vonatkozása képezi.“ Továbbá: „A keresetjognak ezen (t. i. a magánjogból való) leszármaztatását és végkép annak az u. n. materialis joggal való vélt azonosságát tarthatatlannak kimutatni képezi feladatommak negatív, a keresetjog részére egy más alapot biztosítani pedig annak pozitív tartalmát.“ Az elismerési keresetek körüli beható vizsgálódásokat ezek után az előszó már csak mintegy „kétes eset“ megoldására irányulókat tünteti fel. Persze más oldalról ismét az eredetileg kitűzött cél nem maradt befolyás nélkül az általános vizsgálódásokra, melyek egyrészt az e célra tekintő irányban mélyebbre és a keresetjog elméletével csak távolabb összefüggésben álló térre is behatolnak, ami főleg az ítéleti szabványt tárgyzó értekezésről áll, másrészt pedig több a keresetjog általános elméletének megállapítására fontos kérdést nem érintenek.<sup>3)</sup>

Mi a következőkben csak a perbebocsátkozási kényszer és az elismerési kereseteket tárgyzó értekezésekkel fogunk foglalkozni, legközelebb pedig szerző kiindulási pontjával.

A keresetjog, ugymond szerző, eddig kiválólag csak civilisták által és ennek folytán magánjogi szempontból tárgyalatott és lényegileg a magánjogba kebeleztetett be. Ami a keresetjogban materialis az az uralgó tan szerint magánjogi és csak a formalis elem perjogi. Kifolyása ez a per szokásos formalisticus felfogásának. Azonban azon tan, hogy a keresetjog nem egyéb, mint a magánjognak metamorphosisa, vagy éppen azzal azonos jog, meg nem állhat. A keresetjogban ugyanis a perbebocsátkozási kényszer nem (csak) a valóban létező jogot, hanem (már) az állított jogot illeti meg. Az tehát nem származtatható le az alanyi magánjogból. Azon hit, hogy a keresetjog a

<sup>3)</sup> Így a szerző pl. a mai és római keresetjog közötti lényeges azonosságnak, főleg pedig a kettő különbözősége határának kimutatásába nem bocsátkozik. Pedig ez a kérdés mai állása mellett, főleg Windscheid és Beckernek mások által is követett azon tanával szemben, hogy a mai jogban actióról egyáltalán nem, hanem csak igényről szólhatunk, a — bár mai — keresetjog általános fejtegetésében nem volna mellőzhető.



materialis joggal összefügg, és hogy csak a valóban létező jog győzedelmeskedik az ítéletben, ugyan közvetlenül jogérzetünkkel adva van, az képezi a pernek életfeltételét és ebből kiindulva nyújtja az állam a pert. Azonban a per csak mint jogintézmény (*Gesammteinrichtung*) van hivatva a jogvédelemnek szolgálni, a kereset pedig csak idealiter egy oly igény, amely felperes felfogása szerint a létező jogra alapítandó. És ezen uton is csak a győztes ítélet és kereset részére nyerjük meg a vonatkozást a materialis jogi igényhez, amely vonatkozás e mellett még csak a per által közvetített. Már pedig a per jog szempontjából a győzelem nem feltétlenül a jog létezésétől, hanem a per jogi materiale, a kereseti és kilogási tények és azok igazolásának alakulásától függ. De hogyan állunk az elutasított keresettel? Ha ennek részére a kereseti jogosultságot nem akarjuk egészen más alapból származtatni, akkor nem marad más hátra, minthogy attól a jogosultságot egyszerűen megtagadjuk. A kereset jogosultsága tehát csak utólag az ítélet által döntetnék el, és valóban többen (Buchka, Schwanert, Bekker és mások) az elutasító ítéletben nem is látnak egyebet, mint annak kimondását, hogy felperest keresetjog nem illeti. Ha az uralgó tannal a keresetjogot a győztes keresetből abstraháljuk, az alperes elleni perbebocsátkozási kényszert a materialis jog kifo-lyásának kell tekintenünk. De honnan vegyük akkor az alap nélküli kereset részére a perbebocsátkozási kényszert? Honnan továbbá az eljárás érvényességét az ítéletig, sőt honnan az elutasító ítélet jogerejét, midőn az önmaga bizonyítja a kereseti jogosultság nem létezését. A keresetjog nem létezhetik a perbebocsátkozási kényszer nélkül, ennek érvényessége pedig nem döntethetik el utólag az ítélettel, és ép oly kevésbé lehetséges az, hogy a kereset alapját csak utólag az ítélet által nyerve meg, addig pedig a légben függjön. Ezért a legmegalapítottabb keresetben is ép az, ami azt tulajdonképpen keresetté teszi és a peren kívüli követeléstől megkülönbözteti, semmiképpen sem vezethető le a materialis jogból vagy lehet azzal azonos.

Igen természetes, hogy ezen fejtegetéseket, amelyek



az első értekezés bevezetéséből és 1. §-ából vannak némileg szabadon kivonatolva<sup>4)</sup>, legkevésbé sem szándékozom megtámadni. Hisz lényegileg ugyanezen érveket én is felhoztam a keresetjognak a magánjoggal való azonosítása, vagy abból való leszármaztatása ellen, sőt a kiindulásnál gondolatmenetünk még a részletekben is hasonló. Csak azon tant, amely az elutasító ítéletben a keresetjognak tagadását látja, nem akarnám úgy egyszerűen elkárhozatni. Van abban igaz is. Midőn a bíró felperest, a kereset consumptiója vagy elévülése miatt utasítja el, akkor kétségkívül negálja annak keresetjogát, és hogy ne negálná azt akkor is, amidőn a felperesileg állított jogot egyáltalán nem létezőnek nyilvánítja. Az ellentmondás kiegyenlítése ott rejlik, hogy a keresetjog két összeköttetésben létezik. Egyszer t. i. a peralapítás végett, mint a jogállításhoz és másszor az ítéleti elismerés végett, mint a valóban, in concreto létező joghoz kötött jog. Az utóbbi összeköttetésben az a valóban létező jogban bennlévő kikényszeríthetőségnek, az állami valósíthatásnak első lépcsője. Ezt bővebben kifejteni képezte idézett értekezésem egy jó részének feladatát, melyet e részben ismételni itt annyival inkább mellőzhetjük, mert szerző a keresetjognak a magánjog szempontjából jelentőségére ki nem terjeszkedik. Az alap azonban, hogy t. i. a keresetjog mibenlétének vizsgálatánál a perből kell kiindulnunk, előttem ez időszert is kétségbevonhatlannak látszik. Ha nem volna perünk, nem volna kereseti jogunk sem, azaz nem volna oly jogunk, amelyet keresetjognak nevezünk, és annak nevezhetünk.

Szerző ezután a tudomány által eddig méltatlanul háttérbe szorított perbebobátkozási kényszer tárgyalására tér át és a 2-ik §-ban mindennek előtt azon kérdést veti fel, vajjon a mai jogban is létezik-e perbebobátkozási kényszer, mely alatt a jogi lekötöttséget (Gebundenheit) érti, a megindított kereset folytán a per létrejöttéhez, kifej-

<sup>4)</sup> E szabadság mentségeül egy részről szerző kifejezési modora, melynek példája a fenti 2. alatti jegyzetben található, más részről szerzőnek nem mindig logicus sorrende szolgálhat.



lődéséhez közreműködni, saját vagy képviselő nyilatkozata által. Hogy a római, germán és canonjogi per ily perbebocsátkozási kényszeret ismert, ezt szerző kétségen kívül állónak tekinti. Ott a per alperes kifejezett perbebocsátkozása nélkül nem jöhetett létre, és ezért alperesnek a kifejezett perbebocsátkozás kötelességeül (Pflicht) volt téve, melynek megsértése kényszerkövetkezményeket (birság és végül kiközösítést [Friedloserklärung] excommunicatio stb.) vont maga után.<sup>5)</sup> A mi perünk azonban ily kényszerkövetkezményeket nem ismer, ezekre nincs is szüksége, mert alperes contumaciája a pert nem hiusítja meg. Ebből úgy látszik tovább lehetne érvelni és a valódi contumacialis következmények elestéből a contumacia elestére, ebből pedig a perbebocsátkozási kötelesség elestére következtetni. A mai jog, midőn alperestől kifejezett feleletet nem kíván, ugyilátszik alperes perbebocsátkozását csupán juxnak, u. n. contumacióját pedig jogmulasztásnak tekinti (Wach). Azonban szerző ezen felfogást nem osztja, a változás szerint csak abban áll, hogy míg azelőtt alperes lekötöttsége kötelesség (Pflicht) volt, addig az mai nap csak felelősség (Haftung), a mely subtilis megkülönböztetésre azonban úgy látszik maga sem fektet nagy súlyt, miután utóbb a mai jog szempontjából is egyszerűen csak alperes kötelességéről szól. Mert a per eljárás a felek között és nem eljárás egyetlen féllel, — a mi a kölcsönös meghallgatás megadásának szükségessége te-

<sup>5)</sup> A római perbebocsátkozási kényszerrel különben szerző nagyon könnyedén, de tévesen is bánik el. „Das Mindeste — ugymond — was der römische Process vom Verklagten fordert ist, dass er in ihre erscheine“, és azután jegyzetben „Mit dem Erscheinen ist die einfache „Nichterklärung“ abgeschnitten (16. l.) Az in ius vocationak stb.-nek megfelelő megjelenési kötelesség és a kereseti állításra való nyilatkozási kötelesség azonban ép a római jog szempontjából élesen elkülönítendő, úgy fogalmára mint következményeire nézve. Az pedig, hogy a megjelent alperes nem nyilatkozása volna „abgeschnitten“ érthetlenség, különösen azon következményekkel szemben, a melyeket a római jog nevezetesen a lex Rubria a nem vagy nem kellő nyilatkozásra előszab. Egyébiránt szerző az idézési és perbebocsátkozási jogot különben sem különbözteti meg eléggé, mi pedig ott, hol az idézés még nem kötelez a perbebocsátkozásra, nélkülözhetetlen.



kintetében senki által nem vonatik kétségbe, — azért alperesnek a perbebocsátkozás nem lehet pusztán csak joga. Azon perbeli cselekmények elmulasztása ugyanis, a mely a félnek csak előnyére szolgál és csak jogát képezi, nem vonhat maga után más következményt, minthogy a fél a kérdéses cselekményt elveszti, azzal praecludáltatik. Nem lehetséges azonban, hogy az egyik fél cselekménye a másik fél jogmulasztása által oly erőt nyerjen, a melylyel magában véve az már nem birt. Ha tehát felperes állítása magában véve nincs eléggé megalapítva, és így nem szolgálhat marasztaló ítélet alapjául, akkor az megalapitottságát csupán csak az által sem nyerheti meg, hogy alperes a kétségbevonás jogától elesett. Egy jog részére, a mely a formalis litis contestatio szükségességétől eltekint, szerző szerint csak két lehetőség áll nyitva t. i. alperes hallgatását, vagy mint perbe nem bocsátkozást meg kell büntetnie, vagy pedig perbebocsátkozásnak kell tekinteni azt. Az előbbi következmény nyilván perbebocsátkozási köteleességet előfeltételez. De az utóbbi is csak perbebocsátkozási köteleesség felvétele mellett magyarázható meg. Mert a hallgatás csak azon feltétel mellett tekinthető nyilatkozatnak, ha nyilatkozási köteleesség áll fenn, a nyilatkozás alakjának nyitva tartása mellett. A jog nem interpretálja egyszerűen az átlagos tapasztalat értelmében a hallgatást hallgatatag beismerésnek, hanem alperest csak azon választás elé állítja, hogy hallgatását legalább is szándékos ellent nem mondásnak engedje tekinteni, vagy pedig eventualiter nem nyilatkozását, mint a perhez való közreműködésnek jogtalan megtagadását, azaz mint valóságos contumaciát megbüntetve lássa. Az ily perbebocsátkozás tartalma azután szerző szerint közvetlenül azon nyilatkozat, hogy alperes nem akar ellentmondani. Hogy ennél meg lehet-e állani, vagy pedig, hogy ezt az igény, vagy az annak alapjául szolgáló tények beismerésére kelljen fordítani, ez lényegileg a perjogi szükséglettől, azaz attól függ, hogy a perjog mily perbebocsátkozási tartalmat igényel a per tovább fejlődhetéséhez. És itt szerző azon nézetben van, hogy az ellent nem mondást perbeli beismerésre kell átfordítani, hogy ez által az ítélet részére a



nélkülözhetlen perjogi alap, a mely a csupán egyoldalu keresetállitás által helyre nem állitható, megszereztessek. A hallgatást követő u. n. makacssági ítélet ezek szerint modificált u. n. agnitoria (*confessio in iure* alapján hozott ítélet).

Szerző kereset-elméletének, a melyet a mai jog részére akar felállítani, nélkülözhetlen előfeltételét képezi, hogy perbebocsátkozási kötelesség vagy ilyes valami (*Haf-tung*), a mai jogban is létezzék. Enélkül szerzőnek az uralgó tannal szemben meg mindig sokban igaza lehet ugyan, de a keresetjog alperes irányában többé nem jog az ő perbebocsátkozására, hanem talán lehet jog a bíróságnak való alávetésére<sup>6)</sup> vagy jog az ítéletre. És ugyanez áll az én keresetelméletemről is, a mely szerint a keresetjog a peralapításra, különösen pedig alperes irányában jog, melynél fogva követelhetem, „hogy a keresetre nyilatkozzék, vagy a pert elfogadólag, vagy akként, hogy nyilatkozatával a per eredményét nyujtsa (*confessio in iure*)“<sup>7)</sup>. A közös eredmény ezen fontosságánál meg nem nyugodhatok szerző bizonyításában és szükségesnek látom saját felfogásomat, melyet értekezésemben csak érintettem, bővebben kifejteni, de egyuttal ki is egészíteni.

Szerző aprioristikus okoskodásában<sup>8)</sup> mindenek előtt figyelmen kívül hagyja azon nagyfontosságú tény, hogy a perbebocsátkozás valójában mai nap is a jogra, vagy jobban mondva a jogállításra, nem pedig a kereseti tényekre vonatkozik. Figyelmen kívül hagyja, legalább itt, hogy a keresetnek lényeges peralapítási kellékei mai nap is a jogállitás, nem pedig a tényállitás, a mely az utóbbi lényegileg az érdemleges perszakba (*in iudicio*) tartozó

<sup>6)</sup> Így Heyssler, *Zeitschr. für d. Privat u. öff. R. V. k.* III. füz. 603. l. ki bírálatában a mai jog szempontjából a perbebocsátkozási kényszer helyett „*Gerichtszwang*“, „*Zwang zur Gerichtsfolge*“-ról akar szólni, azaz kényszerről, mely által alperes akarata nélkül és ellenére is a törvényesen illetékes bíróság *jurisdiction*-jának alá van vetve. Hogy felfogása végkép téves, az alábbiakból fog kitünni.

<sup>7)</sup> Az i. h. 235. l.

<sup>8)</sup> Általában élesen megrója azt a munkán Bekker *Krit. Vierteljahrschrift, Neue Folge B, I.* 321—344. l. megjelent bírálatában.



cselekmény és csak az eshetőségi elv által lett a német közös perjog és más újabb perjogok által a keresetbe ceerőszakolva, azonban ennek dacára lényegileg megtartotta eredeti jelentőségét, azaz csak a per megnyerése, nem pedig megalapítása végett szükséges, a per tényállítás hiányában mai nap is rendszerint érvényesen létrejöhethet és érvényes ítélettel végződhet<sup>9)</sup>. Mindezt bővebben kifejtettem a keresetjogról írt értekezésemben<sup>10)</sup> és így e helyt elég arra utalnom. Csak azt kell még kiemelnem, hogy ezen tények legkevésbé vonhatók az új német perrendtartás szempontjából kétségbe, pedig szerző, midőn a mai jogról szól, erre illetőleg annak e részben meggyező utolsó javaslatára volt tekintettel. — E törvény ugyanis 230. §-ában kimondja, hogy „(Die Klagschrift) muss enthalten: 2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs“ stb. Ha ezen kissé homályos<sup>11)</sup>, kitétel értelme iránt kételyeink volnának is, eloszlatja azokat a 240. §.<sup>12)</sup> főleg pedig a

<sup>9)</sup> Nem rontja le ezen állítás helyességét azon körülmény sem, hogy a bíró némely perjogok szerint a tényekkel meg nem alapított és így előreláthatólag a kívánt sikerre nem vezető keresetet a limine visszautasíthatja, mert ha e visszautasítás be nem következhetik, a kereset folytán mégis érvényes, rendszerint elutasító ítélet keletkezik, l. id. ért. az i. h. 245—247. l. Némely különös eljárási módokban azonban a jog a tényalap előadását, sőt bizonyítását, nevezetesen okmányok (pl. váltó) bemutatását is, ezen különös eljárások előfeltételül előírja, de itt is a per végeredményében nem a tények vagy okmány körül, hanem az ezek által megjelelendő jog körül (úgy mint a régi római per a bizonyos szavak által megjelelendő jogviszony körül) forog és a tényállítás vagy az okmány hiánya még mindig más következménnyel bír, vagy legalább birhat, — pl. az ezen eljárásra való tételét eredményezheti, — mint a keresetből kivethető perelhető jogállítás hiánya.

<sup>10)</sup> Különben, hogy a lit. cont. tárgya a jog és nem — amint egy igen elterjedt elmélet véli — a tények, tudvalevőleg épen nem új dolog.

<sup>11)</sup> Homályos főleg az 1872-iki jav. indokai folytán, melyek a „Grund“ alatt helytelenül (l. most már Siebenhaar Commentar is a 230. §-hoz) a kereseti tényeket — Wetzell Syst. II. kiad. 16. §-a szerint — értik.

<sup>12)</sup> „Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes: 1. die thatsächlichen oder recht-



296. §., mely itt különösen tekintetbe jön és mely szerint: „Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur muendliche Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnissurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.“ Tehát a tényállítás a szóbeli tárgyalás alkatrészét képezi, irányadólag és úgy, hogy arra alperes nyilatkozni köteles legyen, csak ott történik, nem pedig a keresetiratban, és így a keresetre vonatkozó (nyílt vagy hallgatag) perbebocsátkozásnak tárgyát sem képezheti.

Ha már most a kereseti állítás lényegileg jogállítással és a perbebocsátkozás arra, nem pedig a tényállásra vonatkozik, akkor az alperesi contumacianak az új n. prts. és más e részben rokon perjogok szerinti következményei is más képet adnak. A hallgató alperes a jogra nézve nem beismerőnek, hanem tagadónak tekintetik<sup>13)</sup>, vagyis alperes hallgatása dacára a per létrejön és a jog bizonyítása folyamatba tétethetik. Hogy ez így áll, annak legszembetűnőbb bizonyítéka az, hogy a meg nem jelenő alperes, úgy a n. prts. 296. §-a, mint a mi prts. 111. §-a szerint is<sup>14)</sup> a pert megnyerheti, mi nem volna lehetséges, ha hallgatása jogbeismerésnek tekintetnék, miután a confessus in iure mai nap is mintegy önmagát itéli el, a beismerésre következő ítélet csak formailag lévén ítélet. Persze az esetek többségében a meg nem jelenő alperes

lichen Anführung ergänzt oder berichtigt werden.“ Ha már most Klagegrund-Klagethatsachen, vagyis thatsächliche Anführungen, akkor az utóbbiak kijavítása vagy pótlása az előbbinek megváltoztatása nélkül képtelenség.

<sup>13)</sup> Egész melleleg, a contumacialis ítélet és az agnitoria közötti különbség fejtegetésénél (21. l. 1. j.) szerző is kérde: „In Frage ob nicht streng genommen die geschilderte Einlassung dualistisch sei, bejahend rücksichtlich des Anspruchs. Jedenfalls wie man die Einlassung auf Thatsachen allein beschränken könne, sehe ich nicht ein.“ De a consequentiákat ezen felfogásból szerző, amint láttuk, nem vonja le.

<sup>14)</sup> Ugyanez áll az 1781-iki osztr. ált. prts 29. és 36. §§-ai, valamint az új osztr. jav. 301. §-a szerint is. Hasonlag a francia perjog.



vesztes lesz, de csak azért, mert a folytatólagos in iudicio eljárásban is contumax lévén, a tényeket beismerőnek tekintik. — Ezekből azután igen egyszerűen következik, hogy a perbebocsátkozás alperesnek kötelessége, mert egy nyilatkozat, mely a nyilatkozásra felhívottnak télen-sége, sőt akarata ellenére is megtörténtnek tekintetik, nem lehet az illetőnek egyedül joga, amellyel tetszése szerint élhet vagy nem. E mellett a legszebb és minden irányban megnyugtató összhang létesül a contumacia következményei és felperes peralapítási joga között, már pedig az, mi itt tulajdonképen igazolandó, végelemzésében nem alperes kötelessége, hanem felperes joga. Felperesnek joga van a peralapításra, illetőleg alperesnek perbebocsátkozására, alperes nem tesz eleget megfelelő kötelességének, felperes joga ennek dacára valószínűsíti, a per alperes akarata ellenére is létrejön. És a contumacia következményének ily megállapítása teljesen megfelel e következmények valódi alapgondolatának. Mert az u. n. makacssági hátrányok nem lehetnek egyedül eszközök arra, hogy a rakoncátlankodó alattvaló a felsőség iránti illő magaviseletre szoríttassék, hanem mélyebb és neme-sebb megalapításukat csak abban találják, hogy azok a jog, természetesen perbeli jog valószínűsítésének, védelmének eszközei<sup>15)</sup>

Ha a közös eredményt csak azon támadás ellenében kellene megvédenem, melyet az ellen Heysler az új n. prts. valamint az 1781-iki ált. osztr. prts. és az osztr. prts.-javaslat szempontjából kockáztatott<sup>16)</sup>, akkor felada-

<sup>15)</sup> Ezen felfogáson nyugszanak I. étekezésem azon szavai: „A bíró irányában e (peralapítási) jogom védelme jogorvoslatok által, az ellenfél által a Contumacia hátrányai által eszközöltetik.” A jogorvoslatok tekintetében kifejtettem ezen alapgondolatomat az 1874-iki magyar jogászgyűlés részére adott véleményemben 5. folyam I. köt. 224—254. l.

<sup>16)</sup> Az egész támadás különben érdemileg csak annyiból áll, hogy a kérdéses jogok contumacionalis rendszere ugyan ép oly jól konstruálható a supponált vagy képzelt igenleges perbebocsátkozásból, mint a praeclusióból, de az előbbi mesterkedésekre kényszerít, mit szerző egy kitétele is igazol. Ugy a szerző, mint Heyssler is hivatko-zik még az ellentmondásra (Einspruch). Az utóbbi szerint az mindkét



tomat megoldottnak tekinthetném. Azonban további kérdések tolnak elénk.

Némely perjogok<sup>17)</sup> a keresetre nem nyilatkozó alperest nem jogtagadónak, hanem jogbeismerőnek tekintik. Hogyan állunk itt a perbebocsátkozási köteleességgel? Azt hiszem, nem épen rosszul. Már abból, hogy a jogbeismerés felvétele mindenesetre szigorúbb makacssági következmény, mint a jogtagadás felvétele, egyebekben lényegileg azonos perszervezet mellett arra következtethetünk, hogy a perbebocsátkozási köteleiséget, mely nélkül az enyhébb következményt nem tudjuk megmagyarázni, itt sem nélkülözhetjük.

Mindenekelőtt bizonyos, hogy felperes kereseti jogát illetőleg a jogbeismerés mint contumacionalis hátrány által szintén kielégítettik. Kielégítettik ép úgy, mint alperes tényleges jogbeismerése által, mely részére nem ugyan a pert, amelyre közvetlenül joga van, hanem annál többet, t. i. a keresettel még csak közvetve, a peren át, igényelhető kedvező eredményt nyújtja.

De a contumacia ily következménye nemcsak összeegyeztethető a jogvédelem alapgondolatával, hanem azt szükségli is. Felvehetjük, hogy a jog, midőn a hallgatást jogbeismerésnek tekinti, az átlagos tapasztalatból is kiindul és annak értelmében interpretál is. De bizonyos, hogy a jog nem egyszerűen csak a hallgatást akarja interpretálni és nem egyszerűen csak a fél valószínű akaratát akarja érvényre emelni. Mert a törvényes következmény akkor is beáll, még pedig a jog szándéka szerint, ha alperes egyenesen megtagadja a feleletet, tehát nem hallgat, hanem egy határozott akaratnyilatkozatot tesz, sőt még akkor is beáll, ha alperes e mellett egyenesen kijelenti,

felfogással egyaránt megegyeztethető. Ezt én is elfogadom, olyképen, hogy az egyik felfogásnak sem képezi folyományát és egyiknek támogatására sem szolgálhat (l. ez intézmény alapgondolatára a n. prts 1882-iki javaslatának indokolását 208. és köv. l.)

<sup>17)</sup> Így a régi római jog (l. Bethmann-Hollweg Civilpr. I. 36. §.), a száasztükör joga és az új száasz perjog is (l. Biener, Systema processus judicarii et Communis et Saxonici, Ed. 4. a. T. I. §. 94—97.), valamint a régibb magyar jog is. (1723. 32. t.-c. 8. §.)



hogy ő tiltakozik magaviseletének azon értelmezése ellen, mintha ő felperes jogát be akarná ismerni. Az ily interpretatio nyilván nem indulhat ki csupán az átlagos tapasztalatból és lényegileg nem is interpretatio többé, hanem jehet vagy büntetés, amely megbüntetendő viselkedést, és mivel a passiv viselkedés a passivitást negáló kötelesség nélkül nem büntethető, megelőző kötelességet, illetőleg annak megfelelő jogot előfeltételez, vagy lehet egyszerűen csak kötelesség, illetőleg jogvalósítás az átlagos tapasztalatból levont következtetés befolyása mellett. És azután máskülönben is hogyan jut a jog ahoz, hogy alperesnek teljes passivitását egy pozitív nyilatkozatnak tekintse, ha nyilatkozási kötelességet fel nem vesz. Hogyan jut ahoz, hogy felperestől a contumacia accusatióját megkivánja, hacsak nem abból, hogy itt felperes jogának érvényesítéséről van szó?<sup>18)</sup> Mindezeknél többet nyom pedig előttem azon körülmény, hogy azon alapjogokban, amelyek a makacs alperest a jogbeismerés következményeivel sújtják, e következmény a jogi kényszer jellegével bír.<sup>19)</sup>

És mégis nem lehetséges-e, hogy a jog a pert a praeclusio elvére és nem a kölcsönös meghallgatás elvére alapítsa? és nincsenek-e tényleg ily praeclusionalis eljárásaink?

Szerző a praeclusionalis eljárást, amely t. i. arra van alapítva, hogy alperesnek csak joga van a kereseti állítást megtámadni, és ha e jogával bizonyos idő alatt nem él, praecludáltatik, teljességgel irrationalisnak tartja (22. l.). Ott,

<sup>18)</sup> Az accusatio cont. ugyan nem multhatlan feltétele a jognak, illetőleg kötelességnek, mert az utóbbi tulajdonóan a bíróság irányítási oldaláról is felfogható (pl. nálunk a tényállításra való nyilatkozási kötelesség), de ott, hol accusatio létezik, egy azzal érvényesítendő jognak is léteznie kell.

<sup>19)</sup> Így a régi római jogban, bár arról e részben csak tökéletlen ismereteink vannak, de a későbbi formularis perben fennmaradt enyhébb következmények (azaz a nem nyilatkozó alperessel egyelőre marasztaltként elbánás) kétségtelenül a kényszer, illetőleg a jogvédelem jellegével bírtak. Még kevésbé vonható e jelleg a régi német jogban kétségbe, hol a Pflicht zur Antwort megsértése bírságolást (Siegel, 135. l.), a száasztükör joga szerint háromszoros bírságolást és csak azután per-vesztést vont maga után (Sachsensp. Homeyer 2. kiad. III. 39. 3. §.)



hol a materialis jog felperesnek igényt ad, a kereset és a kétoldalú meghallgatáson alapuló per van helyén, az egyoldalú praecclusionalis eljárás pedig csak a fenyegető veszély elhárítására van hivatva szolgálni (65. és 199. l.).

Én azt hiszem, hogy a kérdést ily könnyedén a priori okoskodással nem lehet eldönteni. Ha szerző (25. l.) azt hiszi, hogy a jognak abból kell kiindulni, miszerint az egyoldalú állítás magában véve nem bir elegendő hitellel, ennek ellenében a priori ép oly joggal az állítható fel alapelvül, hogy az egyoldalú állítás egyelőre hitellel bir, mindaddig míg ellentmondással nem találkozik. Tudvalevőleg a régi német perjog a bizonyíthatást legalább rendszerint alperes jogának és kötelességének tekintette. E szabály alapjának azon germán felfogás mondatik<sup>20)</sup>, hogy egy szabad ember állításának már magában véve elég hitele és ereje van ahoz, hogy ellenfelét gyanússá tegye, kinek ehhez képest joga, de egyuttal kötelessége is magát e gyanú alól tisztázni. A priori nem látszik lehetetlennek, hogy e felfogás a perre egészben átvitessék. Sőt talán ott volt eredetileg otthon. A *lex salica* a *fides facta*-ból (formalis fizetési ígéret) és a *res praestita*-ból (realis kölcsönszerződés) egy sajátos eljárást ismer, mely röviden a következő.<sup>21)</sup> A hitelező tanuk kíséretében adósának lakására megy és őt fizetésre szólítja fel, mi ha megtagadatik, bíróság elé idézi. Ott azután a hitelező, tekintet nélkül adósának jelenlétére, az előljárótól (*thunginus*) felhatalmazást kér a zálogolásra, mi legfeljebb az előleges felszólítás tanúsítása után, de mindenestre az adósnak előleges marasztalása nélkül megadatik, az adós vagyonára a zár kimondatván (*nexti cantichio*). További bíróságon kívüli formalitások, nevezetesen háromszori sikertelen fizetési

<sup>20)</sup> Siegel, *Gesch. d. deutsch. Gerichtsverf.* 167. és köv. l., ki azon megnyerő hasonlattal él, hogy e felfogás mai nap is még mint társadalmi tónus uralkodik. L. különben a germán bizonyítási szerep egyéb felfogásaira és megalapítására ugyancsak Siegelt az i. h. 474. és k. l. és Planknak legújabbban (1879) megjelent nagyszabású munkáját, *das Deutsch. Gerichtsverf. im Mittelalter* I. köt. 423. és k. l. Minket itt csak e felfogás lehetősége érdekel.

<sup>21)</sup> Sohm, *der Proces der Lex Salica*, 11—54. l.



felszólítás után a hitelező végre adósának vagyonából valószínűleg magánúton, de bizonyos formák megtartása mellett a kielégítéséhez szükséges vagyondarabokat elveheti. Az adós meghallgatásáról a törvény nem szól, de ellentmondási jogát kétségkívül fel kell vennünk<sup>22)</sup>, melyet, ugyálszik, a bíróság előtti terminusban gyakorolhatott.

Azonban nem szükséges ily messze mennünk. Vanak mai nap is eljárásaink, melyek a jog- vagy igényvalósításnak szolgálnak és mégis a *praeclusio* elvére vannak alapítva. Ide tartoznak a német közös jognak a *doctrina* által u. n. meghatározottan vagy szabályos *permettől* eltérő sommás pereiből (*bestimmt v. irregulär summarische Prozesse*) egy némelyek, továbbá az újabb törvényhozásoknak némely ezek után képzett különös eljárási módjai, nevezetesen az intési eljárás (*Mahnverfahren*), a meghagyásos perek (*Mandatsprocess*), a biztosítási és zárlati per. Nálunk kétségkívül ide sorolható a biztosítási és zárlati eljárás a földhitelintézet némely követeléseire, valamint a közjegyzői okmányok alapján engedélyezett eljárások és a sommás váltóper. Végre, amint látszik, ide sorolható maga a végrehajtási eljárás is. Bizonyára elég tekintélyes tábor.<sup>23)</sup> Igaz, ugyan, hogy ezen eljárások egynémelyikében nem felperes egyszerű állításának, hanem bizonyított, vagy legalább valószínűsített állításainak tulajdonítatik előleges hitel. Azonban az egyoldalú bizonyítás, az ellenbizonyítás és kifogások lehetősége miatt, mindig csak valószínűséget állapít meg a jogra nézve, szemben azon megállapítottsággal, amelyet az előrement kétoldalú meghallgatás eredményez. És azután, ha az általános per elvével szemben az egyoldalú, hiányos bizonyításnak már előleges hitel tulajdoníttatik, miért ne lehetne egy lépéssel tovább menni és már az egyoldalú állításnak is hitelt tulajdonítani, amint ez az intési eljárásban tényleg elő is fordul?

A nagy hasonlatosság, sőt némelykor azonosság,

<sup>22)</sup> Sohm az i. h. 37. és követk. 1. Bethmann-Hollweg, Civilpr. IV. 477. l.

<sup>23)</sup> A különböző eljárási nemek tekintetbevételére joggal figyelemzet Bekker i. bírálatában 333. l.



mely ezen eljárási nemek és a végrehajtási eljárás között mutatkozik, legközelebb azon kérdésre késztet, vajjon ezen jogvalósítási eljárások valóban perek-e és nem inkább végrehajtási eljárások? És tovább, hol van a per és a végrehajtási eljárás között a határ?

Nem új dolog, hogy az állami<sup>24)</sup> jogvédelemnek elvileg két alkatelemét lehet megkülönböztetni. Az egyik a jogvitának eldöntése, a másik a megállapított jognak tényleges valósítása. Az előbbi per, az utóbbi a végrehajtási eljárás intézményét eredményezi. Közönségesen úgy képzeljük magunknak a dolgot, hogy a per mulhatatlan előfeltétele a végrehajtásnak. Mert hogyan nyújthatna az állam segílyt oly igény valósításához, melynek létezése még bizonytalan, hogyan tehetné az állítólag jogosult ügyét magáévá is, midőn annak igazságosságáról még nincs meggyőződve?

A mi szemünkben ez okból a per képezi az állami jogvédelem súlypontját. Többnyire a végrehajtást csak a per folytatásának tekintik, sőt azt annak definitiójába egyszerűen belefoglalják.<sup>25)</sup>

Azonban ezen felfogás nemcsak általában, hanem még a mai jog szempontjából is tökéletlen, egyoldalú.

Az állami jogvédelem két functiója nagyon jól elképzelhető egymás nélkül is.

Lehetséges, hogy kezdetleges állapotokban a békéltetésből vagy más alapokon egyelőre a per fejlődik ki, szabályozott végrehajtási eljárás nélkül.<sup>26)</sup> Más oldalról azonban ép úgy lehetséges, hogy először a végrehajtás fejlődik ki per nélkül. A jogvalósításnak legprimitívebb módja az önsegély. Ehhez legközelebb áll a végrehajtás, mely mai nap is annak közvetlen pótléka, szabályozott

<sup>24)</sup> A rövidség okáért államot mondunk, anélkül, hogy ez alatt kizárólag csak államot és pláne kifejlődött államot értenénk.

<sup>25)</sup> L. pl. Wetzell, Bayer, főleg Endemann definitióit, illető tan-  
könyveikben.

<sup>26)</sup> Wilda, Strafrecht 268., 284. és k. l. (Sohm i. m. 190. lapja után idézve) az északi jogforrások alapján azon nézetét fejt ki, hogy a legrégibb német jog minden büntettest kiközösítéssel fenyített, (tehát a sértőt a sértett korlátlan önsegélyének tette ki).



állami erőhatalom alkalmazása, a nyers magán erőszak helyett. Mert a nyers önsegély leginkább az, amely a közület békéjét zavarja; igen közel fekszik, hogy a közület legközelebb annak szabályozását veszi kezébe, azt formákhoz köti, de egyszersmind védelmében is részesíti.<sup>27)</sup> Ez kevésbé lesz előttünk visszatetsző, ha megfontoljuk, hogy ezen korban a jogviszonyok még egyszerűek és köztudomásúak, tehát liquidek szoktak lenni. Lehet, hogy a jogügyletek ősi formalismusa, melynek egyik alkatelemét a nyilvánosság képezte és a végrehajtási eljárás kölcsönös belső összefüggésben állanak egymással. Csak a nyilvánosan, formálisan véghez vitt ügylet által alapított jogok részesíttettek és részesíttethettek végrehajtási eljárásban, és mivel ez volt legalább bizonyos irányban az állami jogvédelem egyedüli alakja, állami (v. közületi) védelemben és elismerésben általában.<sup>28)</sup>

Azonban nem szükséges a feltevések terére lépnünk. Tény az, — ha már a *lex salica* fennebb vázolt eljárását, a mai felfogás befolyása alatt, inkább pernek, mint végrehajtásnak akarnánk is tekinteni, — hogy a régi római jogban ugyanazon eljárás, t. i. a *legis actio per manus iniectionem*, mely ítéleti követelések végrehajtására szolgált, még meg nem ítelt, nevezetesen legelőbb a *nexum*-ból eredő követelések behajtására is alkalmazásban volt. Az eljárást az egyik esetben végrehajtásnak, a másokban pedig pernek tekinteni, akkor midőn az mindkét esetben azonos, valóban nincs okunk.<sup>29)</sup>

<sup>27)</sup> Ezzel koránt sincs az mondva, hogy a jog mindenütt, vagy egy helyen is minden irányban kizárólag az egyik vagy másik úton haladt volna. A különböző, majd végrehajtási, majd peres jog valószínűsítési alakzatok, amelyek a régi jogokban egy korban az ügyek különbözősége szerint fennállottak, inkább az ellenkezőre látszanak következtetést engedni. Az ősi jogvédelem kifejlődésére érdekes adatokat nyújt Bernhöft Zeitschr. für Vergl. Rechtsw. I. k. 1. füz. megjelent bevezető értekezésében.

<sup>28)</sup> A jogügylet formalismusának és a szigorú valószínűsítési eljárásnak kölcsönhatására a váltó fejlődési története is nyújt adatokat.

<sup>29)</sup> Mert az, hogy a *judicatus* mindenekelőtt ellentmondási jogának gyakorolhatása és *addictio* végett bíróság elé viendő, a *nexus* ellenben, ha ellent nem mondott, egyenesen adóssági fogságba hurcol-



És azt, mi a rómaiaknál eredetileg talán öntudatlanul fejlődött, majd öntudatosan kiterjesztetett, a középkori olasz gyakorlat és theoria, német jognézetek befolyása alatt is és a szükségstől ösztönözve, öntudatosan, mondhatnánk jogászai furfanggal létesítette. Értjük az u. n. executio-perl, melynek fejlődési történetét Briegleb (Geschichte des Executiv-Prozesses) mesteri vonásokkal tárja fel előttünk. Támaszkodva a római jognak ismert szabályára: „Confessus in iure pro iudicato habetur“, az ily confessiót, a parata executio miatt mesterségesen hozzák létre, előbb bíróság előtt, majd közjegyző (iudex chartularius) előtt. Utóbb kiterjesztik a parata executiót a közokmányokra általában és végre magánokmányokra is, ha az adós magát a parata executionak aláveti, sőt legalább bizonyos esetekben (pl. váltóknál) e nélkül is.

Nem lehet itt feladatunk azon eseteket, melyekben a különböző jogok közvetlen végrehajtást engednek, kimeríteni. Elég, ha kimutattuk, hogy a jogvalósítás közvetlen végrehajtás útján is történhetik. Ha egyszer azon felfogástól szabadultunk, hogy a végrehajtás csak a pernek mintegy folytatása lehet, nem fogunk, — tekintettel arra is, hogy az adóstól a védelem a végrehajtási eljárásban sincs az alábbiak szerint elzárva — megütközni abban, hogy a követlen végrehajtás a per mellőzésének kísérleteként igen tág körben megengedtessek, amint ez az újabb per-jogokban tényleg történik is.

Mielőtt azonban a per és a végrehajtás közötti határ megvonását megkísérletnénk, még a következőket kell figyelembe vennünk.

A végrehajtási eljárás különféle módon veheti kezdetét. Lehet, hogy a végrehajtást külön kérvényben kell a bíróságnál kérni, mely arra a végrehajtási kényszereszközök alkalmazását egyszerűen elrendeli, vagy megengedi. Lehet, hogy a végrehajtás in eventum már a keresetben kérhető és a bíróság által ezen kérelem folytán, vagy nél-

ható volt (l. e. különbségre Bethmann-Hollweg Civilpr. I. 160. l.), az ítélet nélküli végrehajtást még végrehajtásiabbá tette, mint az ítéleti végrehajtás volt.



kül is az ítéletben elrendeltetik. Lehet, hogy a végrehajtható ítélet stb. alapján a végrehajtás egyszerűen a foganatosító közegnél szorgalmazható. Ezen és hasonló módzatok nem okoznak nehézséget a határ megvonásánál. Lehet azonban, hogy a végrehajtás ilyenemű megkezdését egy fizetési vagy teljesítési meghagyásnak (*praeceptum de solvendo*) kell megelőznie, a mely vagy már az ítéletben bocsáttatik ki, vagy ilyenek hiányában külön kérelmezendő, és melynek sikertelensége esetére a tényleges végrehajtás vagy in eventum ez uttal, vagy ismét csak újabb kérelem folytán rendeltetik el. Kérdés, vajjon ezen teljesítési meghagyás még az ítélet, illetőleg a per vagy pedig már a végrehajtás szakának képezi-e alkatrészét? Szerzőnk az ítéleti szabványról szóló fejtegetéseinek kiegészítéséül értekezik a parancsról a végrehajtási stádiumban (*Der Befehl in der Executionsinstanz*, 101—128 l.) és ez alkalommal a *praeceptum de solvendo*-nak, melynek története még tüzetesebb tárgyalásra várakozik, kétféle természetét vitatja (110. és köv. l.). Az ugyanis lehet valóságos parancs, akkor t. i. ha azt a felsőség a közérdekben is (*im mitbetheiligten öffentlichen Interesse*) bocsájtja ki és ebből kifolyólag követeli annak teljesítését. De lehet a végrehajtást szenvedő érdekében, *humanus* tekintetéből kibocsátott *monitorius decretum* is, a mely a felet figyelmezteti ellenfelének őt fenyegető végrehajtási hatalmára és saját tétlenségének rossz következményeire. Az előbbi esetben a *praeceptum* képezi a végrehajtásnak közvetlen alapját, az ítélet és a fél joga a végrehajtás tekintetében háttérbe szorulnak és csak a parancs előfeltételeiként jelentkeznek. A mi végrehajtatik, az a hatósági parancs, és a végrehajtás egy e parancs szolgálatában álló kényszer-esetleg *contumacionalis* eljárás. Ellenben az utóbbi esetben a *praeceptum* beleesik a végrehajtási eljárásba és mint a végrehajtási jognak enyhítése, gyöngítése jelentkezik, nevezetesen az által is, hogy a teljesítésre határidőt szab (hatóságilag engedélyezett *dies iusti legitimi* helyett). A mai jogban, ugymond továbbá szerző, a *praeceptum de solvendo* rendszerint *monitorius* természetű és így a végrehajtási eljárásba tartozik még akkor is, ha az formailag



az ítéletben foglaltatnék.<sup>30)</sup> Részemről a szerző nézetét a monitorius természetű praeceptum tekintetében teljesen osztom<sup>31)</sup> és csupán azt teszem még hozzá, hogy ezen előrement intés által a végrehajtási eljárás lényegében változást nem szenvedhet. Azonban, nézetem szerint, az u. n. valódi fizetési parancs is már a végrehajtáshoz tartozik és annak megkezdése, nem pedig alapja, legalább annyiban, amennyiben a fél jogának szempontjából indulunk ki és a végrehajtás alatt itt is úgy, mint a monitorius praeceptum tekintetében a fél jogának valórtítását értjük. Hogy a végrehajtás általában felperes kedvéért az ő jogának érdekében létezik, e gondolat szerző szerint is oly közel fekszik, hogy az elől egy jog sem zárkozhatott el teljesen. Vagyis más szavakkal a végrehajtás mindenütt mint a fél jogának valórtítására célzó eljárás is létezik. Ott már most, hol a praeceptum a fél érdekén túl terjedő közérdekből is kibocsátottnak tekintetik, a fél jogának érvényesítése mellett a végrehajtásnak egy másik eleme t. i. a parancsnak mint olyannak érvényesítése, a köztekintély sértésnek megörése is előtérbe lép. Ezen utóbbi iránya a végrehajtásnak, mely nevezetesen a szerző által említett canonjogi excommunicatióban és a középkori világi kiközösítésben jutott érvényre, a mennyiben a parancs elleni engedellenséghez volt kötve<sup>32)</sup>, azt természetesen előfeltételezte, abból indult ki. Ha azonban a végrehajtást a

<sup>30)</sup> Valódi parancs volna szerző szerint a mai jogban is az, amely nemtevést büntetés terhe alatt hagy meg, 114. l. 1. j. Valódi parancs volna ehhez képest a mi prtsunk 385. §-a szerint kibocsátandó parancs, amellyel a marasztalt valamely munka teljesítésére (és per analogiam valaminek abbanhagyására is) aránylagos pénzbüntetés terhe alatt szoríttatik. L. alább a 33. j-et is.

<sup>31)</sup> Persze oly értelemben, hogy a monitorius praeceptum tulajdonképpen a felek és nem közérdekben kibocsátottnak tekintendő. Mert a közérdek semminemű hatósági intézkedésnél sem hiányozhatik teljesen ép oly kevéssé, mint a magánérdek figyelembe vétele a szerző által valódinak nevezett fizetési parancsnál. Hogy itt csak a többről vagy kevesebbről, az első vagy másod sorról lehet szó, ezt különben szerző is elismeri 87. és 113. l.

<sup>32)</sup> Mert a világi kiközösítés a régiebb német jogban, mint az ítélet által kimondott jogszabály megsértésének következménye is jelentkezett, mit szerző is 109. és 110. l. kiemel.



fél jogának szempontjából tekintjük, akkor a most érintett kényszerkövetkezmények, mint a fél jogának valószínűsítésére szolgáló indirect végrehajtási kényszer eszközök jelentkeznének<sup>33)</sup>, és a paranccsal, mely a fél végrehajtási jogát már előfeltételezi, annak folyományát képezi, a végrehajtási eljárás már kezdetét veszi.

Mindezeknél nagyobb jelentőséggel bír a végrehajtás és per közötti határ megvonásánál alperes védelmi joga. A legmegalapítottabb követelés ellenében sem volna méltányos alperestől minden védelmet elzárni, ha másért nem azért, mert a megalapított jog időközben megszűnhetett. Már a régi római jog ellentmondási jogot engedett alperesnek a manus iniectio ellenében, bár csak sub poena dupli és a m. i. pro iudicato eseteiben eredetileg csak vindex által. És nálunk is a marasztalt a végrehajtás ellen korlátozási, vagy megszüntetési keresettel élhet. A védelmi jog létezése tehát magában véve úgy látszik nem képezheti a határt a per és végrehajtás között. Mentül szélesebb alapon ismerjük el továbbá a végrehajtási jogot, annál bőkezűebben kell természetesen alperesnek is a védelmet engedélyeznünk. A kör tágabb vagy szűkebb volta azonban, melyből alperes védelmét meritheti, valamint a bizonyítás korlátoltsága, vagy korlátlanlansága, szóval a védelem által felidézhető tárgyalási anyag mennyisége szintén nem adhatja meg a határt, mert a tárgyalási anyag a kétségtelen pernél is a minimumra lehet reducálva (prima facie cognitio). Ami itt tekintetbe jöhet, az egyedül a cselekmény minősége lehet, mellyel a védelmi jog gyakoroltathatik. E cselekmény lehet egyszerű ellentmondás, mely a (kísérletképen) folyamatba tett végrehajtási eljárást beszünteti és a követelőt jogának más uton, azaz per útján való érvényesítésére kényszeríti (az új német prts intézési eljárása). Lehet, hogy a végrehajtással megtámadottnak a végrehajtási jog nemlétezését illetőleg annak be-

<sup>33)</sup> A hatósági teljesítési parancs megsértéséhez kötött büntetések, nevezetesen bírságokban mai nap kétségkívül ezen szempont és nem a közérdek védelme tulnyomó, így nevezetesen a mi prtsunk 385. §-a esetében is, mely parancs különben kétségtelenül a végrehajtási eljárásba esik.



szüntetésére terjedő jogát keresettel, külön per útján kell érvényesítenie (pl. a mi prtsunk végrehajtási eljárásában). Lehet továbbá, hogy alperes védelmi jogát a végrehajtási eljárás folyamában benyújtott kifogással érvényesítheti (pl. a mi sommás váltóperünkben vagy a közjegyzői okmány alapján engedélyezett eljárásban), a melynek folytán maga a végrehajtási eljárás alakul át contradictorius eljárássá. Végre lehet, hogy a végrehajtási jognak egészbeni vagy bizonyos iránybani megállapíthatása végett alperes meghallgatásának meg kell előznie, úgy hogy a végrehajtás már principaliter a kétoldalu eljárás útján indul meg (pl. actio iudicati, a közös német perjog executio pere, a marasztalt örökösei ellen azok előleges meghallgatásával folyamatba tett végrehajtás).

A per és végrehajtás közötti határ kérdése most már concret alakjában fekszik előttünk.

Világos, hogy a vázolt alakzatok osztályzásánál, nem lehet döntő az, vajjon azok az életben vagy a törvényekben is pernek vagy végrehajtásnak nevezetnek-e? ép oly kevésbé mint az, vajjon az eljárás, keresetnek, vagy végrehajtási kérvénynek nevezett actussal veszi-e kezdetét. Még a római jogban sem lehet irányadó az actio elnevezés és pedig még a rómaiak felfogására sem, mert tudvalevőleg az actio (agere, legis actio) eredetileg épen jelentette a technicus értelemben vett keresetet. Még kevésbé indulhatunk a mai terminologia után. Így pl. nálunk a váltóeljárás tárgyában kibocsátott ig. rend. sommás váltókeresetről, a közjegyzői törvény pedig a közjegyzői okmány alapján folyamatba tehető végrehajtásról szól, jól lehet a két eljárás között a per fogalmára kiható különbséget nem lehet felfedezni. (l. még az 1871. 34 t. c. 11. §-át is).

Nem lehet továbbá a határ megvonásánál az sem eldöntő, vajjon az eljárás csak a végrehajtási jog iránt, más szavakkal és jobban az ezuttali végrehajtás iránt, vagy pedig a végrehajtható jog iránt folyik-e. A bírói határozatnak az ezuttali végrehajthatásra való korlátozása célszerűsége alapul, miután az eljárás, mely csak az ezuttali végrehajtás iránt folyik és a végrehajtható jognak nem akar praejudicálni, sommásabb, tárgyalási anyagában



korlátozottabb lehet, mint azon eljárás, mely magának a jognak létezését van hivatva végleg eldönteni. De ezen egyébként, nevezetesen a jogerő terjedelmére nézve fontos különbség, az eljárás fogalmára nem lehet irányadó. Hisz még a biztosítási jog is tárgya lehet egy kétségtelen pernek (pl. biztosítási váltókereset és visszkereset esetében). De a legvilágosabban mutatja azt, hogy az eljárás tárgyának szóban forgó különbözősége az eljárás minőségére közönbös, azon körülmény, hogy különbség fennforgása mellett egyébként egészen hasonló alakzatokkal találkozunk. Így az új n. prts okirati és váltó pere csak az ezuttali végrehajtást tárgyalja és mégis eltekintve a bizonyítás korlátozásától egészen a szabályos per medrében indul meg és halad. Mig ellenben az osztr. jav. Mandatsverfahren-je a végrehajtás útján indul meg és mégis abban alperes ellentmondása folytán maga a végrehajtandó jog végleg eldöntetik. Ugyanez áll a mi sommás váltóperünkről, mig a közjegyzői okmányok alapján elrendelt végrehajtási eljárásban alperes kifogása folytán csak az ezuttali végrehajthatás iránt hozatik határozat. Pedig a két eljárás között nincs lényeges különbség. Mert hogy az egyikben előleges fizetési meghagyás bocsátatik ki, a másikkban közvetlenül a végrehajtás rendeltetik el, valamint, hogy az egyikben a fizetési meghagyás sikertelensége esetében a végrehajtásért, illetőleg kifogás esetében a biztosításért — feleslegül — külön kell folyamodni, mig a másikkban nem, ez a per fogalmára valóban közönbös. És még csekélyebb a különbség a sommás váltóper és a földhitelintézet némely követeléseire engedélyezett eljárás között, mely utóbbi pedig szintén csak az ezuttali végrehajthatás iránt kelekezik.

A niből nézetem szerint a kérdés eldöntésénél kiindulnunk kell, csak a pernek és végrehajtásnak fennebb már jelzett célja lehet. A pernek közvetlen, jellemző célja egy jogvitának eldöntése, mig a végrehajtásnak közvetlen célja a jognak valósítása. A per ennél fogva szükségképen és lényegileg eldöntendő, vitát; ellenben a végrehajtás fogalmilag egy létezőnek tekintett jogot előfeltételez. Midőn az állam a pert nyújtja, szükségképen és directe ab-



ból kell kiindulnia, hogy valami vitás és így eldöntésre szorul, más szavakkal az állam a pert abból kiindulva nyújtja, hogy felperes állításának valósága még bizonytalan, kérdés alatt áll. Ha az ellenkezőből indul ki, akkor képtelenség, hogy egy eljárást folyamatban tegyen, mely egyenesen arra van irányozva, hogy bizonytalant tisztázzon és eldöntsen. Ellenben midőn az állam a végrehajtást nyújtja, egyenesen abból kell kiindulnia, hogy a követelő állítása a valóságnak megfelel, mert ha nem ebből indul ki, lehetetlen, hogy logikai uton a közvetlen valószínűséghez jusson. Közönbös egyébíránt e mellett, hogy az állítás mint pl. nálunk a sommás váltóperben minden irányban (res judicata-ként) valónak vagy csak a mint a közjegyzői okmánnyal igazolt igény, a végrehajthatóság fokáig megállapítottak tekintessék.

Egy eljárás már most, amely abból indul ki, hogy felperes joga még bizonytalan (és mely ennek folytán annak alperes közreműködésével való megállapítását célozza), nem nélkülözheti alperes perbebocsátkozási kötelelenségét. Mert mihelyt a jog a megállapitottságot nem magában az állítás vagy egyoldalú bizonyítás alapján, hanem csak alperes ellent nem mondása folytán, veszi fel, már alperes passivitásának tulajdonít következményt, amit, mint említettük, egy alperes passivitását negáló kötelelenség nélkül nem tehet. Ellenben egy eljárás, a mely a követelő jognak létezéséből indul ki és azt ennek folytán közvetlenül valószínűsíteni célozza, ha különben az ellenféltől a védelmet megtagadni nem akarja, szükségképen oda jut, hogy e védelmet jognak tekintse, mellyel a fél praecludáltathatik, de meg nem makacsoltathatik.

Ezen kriterium megállapítása által már most mindenestre nyertünk annyit, hogy kimondhatjuk, miszerint egy oly eljárás, mint az új n. prts intési eljárása (kísérletkénti) végrehajtás és nem per.<sup>34)</sup> Továbbá, hogy egy jogvalósítási eljárás, melyben az ellenfél védelmét csak egy külön per útján gyakorolhatja, tiszta végrehajtási eljárás, mert a folyamatba tehető külön védelmi eljárás jellemét nem

<sup>34)</sup> De nem is perenkivüli eljárás, mint Menger Syst. des österr. Civilpr. 78. l. 30. j. véli.



érinthesi. Viszont egy eljárást, mely legelőbb egy kétes jog megállapítását, bár csak a végrehajtási jog megállapítását célozza, perré kell qualificálnunk.<sup>35)</sup> Ezen esetek tehát nem okoznak további nehézséget.

Azonban hogyan állunk az oly alakzatokkal, a minő pl. a mi sommás váltóperünk, vagy az osztr. prts. jav. fizetési meghagyásos pere? A mennyiben ezen eljárások a követelési jog fennforgásából indulnak ki, mert a fizetési meghagyás nem állapítja meg a követelést, hanem annak fennállását már előfeltételezi<sup>36)</sup>, annyiban azok bizonyára végrehajtási eljárások. De alperes kifogása folytán ez eljárás maga kétségtelen perré alakul át. A fizetési meghagyás iránti kérvény e perben mint kereset, alperes kifogása pedig mint perbebocsátkozás szerepel. És mégis a kifogás, illetőleg a perbebocsátkozás, úgy látszik alperesnek tisztán csak joga.

Ha nem akarunk a jelenségeken erőszakot gyakorolni, hanem inkább a tények teoriáját adni, nem mondhatunk mást, minthogy ezen eljárások vegyült alakzatok. Az eljárás principaliter végrehajtás, mely esetleg perré fejlődik. Az u. n. kereset principaliter végrehajtási kérvény esetleg kereset, melyet principaliter közvetlen végrehajtási jog, esetleg peralapítási jog kísér. És alperes perbebocsátkozási kötelessége szintén fennáll. Felperes principális végrehajtási jogának, alperesnek kötelessége felel meg, a végrehajtást eltűnő, azonban mégis úgy, hogy neki felperes

<sup>35)</sup> Így nevezetesen a n. prts. okirati perét, de az osztrák 1781. prts. 298. §-ában szabályozott executio per is és már az olasz executio per azon alakzatát is, amelynél az eljárás citatio ad recognoscendum-mal vette kezdetét.

<sup>36)</sup> A bíró, midőn a fizetési meghagyást elrendeli, ép oly kevéssé akar a követelés iránt határozni, mint akkor, midőn a fizetési meghagyás kibocsátását megtagadja; ő egyáltalán nem is vizsgálja azt, hogy létezik-e a követelés, hanem csak azt, hogy a fizetési meghagyás kibocsátásának előfeltételei fennforognak-e (ép úgy, mint a végrehajtást elrendelő bíró csak az ítélet jogerejét és a kérelemnek az ítélettel összeegyeztethetőségét vizsgálja). Képtelenség volna már ez okból is itt anticipált contumaciáról szólni (l. ezen kalandos fogalomra Menger i. m. 281. és köv. l., ki itt mellesleg az előbb perenkivülinek nevezett intési eljárást is az anticipált contumaciával analog fejleménynek tekinti).



követelése ellen egy határidő által korlátolt védelmi jog is adatik. Hogy ezen védelmi jogát fenn akarja-e tartani vagy nem, ez mint jog tetszésétől függ. De mihely jogával élni akar és ezt kijelenti, felperes kérelmének kereseti jellege lép előtérbe és ennek folytán egyszersmind alperes perbebocsátkozási kötelessége is. A mi sommás váltókeresetünk elleni kifogásban tehát ezek szerint két alkatelem különböztethető meg, az egyik alperes nyilatkozata, hogy védelmi jogával élni akar, a másik alperes perbebocsátkozása. Az előbbi alperesnek joga, az utóbbi azonban már kötelessége. Szemléltethetővé teszi e két alkatelet és azoknak természetét azon eset, midőn alperes a sommás váltókereset elleni kifogásban, csupán csak az illetőség hiányának kifogásolására szoritkozik. Ilyenkor ugyanis alperes kijelenti ugyan, hogy védelmi jogával élni akar, de kétségbe vonja, hogy ezen bíró előtt perbebocsátkozni köteles volna. Ha már most a bíróság az illetőség elleni felszólalást elveti, alperes ellen, mint ki az illetőség hiányolásával in eventum összekapcsolandó perbebocsátkozás iránti kötelességének eleget nem tett, lényegileg makacssági ítéletet fog hozni<sup>37)</sup>.

És ezzel úgy hiszem legalább egyelőre eleget tettem bizonyítási kötelességemnek. Per nélkül nincs kereset, és ahol per és kereset van, ott szükségképen peralapítási jog, illetőleg perbebocsátkozási kötelesség is létezik. Együttal kiderült, hogy a kereset nem egyedüli közvetlen eszköze az állami jogvédelem önálló igénybevehetésének, hanem, hogy az állam a jogvalósítás végett adhat közvetlenül csak a jog megállapítására szóló pert és még közvetlenebbül peralapítási azaz keresetjogot, de adhat közvetlen végrehajtási jogot is, mely ismét erejére nézve különböző lehet, sőt adhatja mindkettőt concurrálólág de eshetőleg is. Nyújthat továbbá pert a jog megállapításra és pert csupán csak az előleges vagy végleges végrehajtási jog megállapítására stb.

Mindenek felett pedig tisztábban áll előttünk azon

<sup>37)</sup> Közömbös, vajjon a határozat ítélet vagy a fizetési meghagyás fenntartásának alakjában hozatik-e, mihelyt az arra van alapítva, hogy alperes a keresetre érdemileg nem nyilatkozott.



tétel valósága, hogy a keresetjog nem általában jog a jog érvényesítésére, vagy az állami segílyre (Muther) vagy az ellenfélnek a bíróság alá való vetésére (Recht auf Gerichtsfolge. Heyssler), hanem jog egy specificus állami segílyre, azaz peralapításra. A keresetjognak az uralgó tan által elfogadott eddigi fogalma széthasítandó és egyes irányzataiban a fentiekhez képest kifejtendő. Nevezetesen megálapítandók az eddigi keresetjog azon szabályai, a melyek mint pl. a keresetelévülés, úgy a keresetjogra mint a végrehajtási jogra vonatkoznak, és azok melyek pl. a keresetconsumtio csak a specificus peralapítási jogra találhatnak.

A következő 3. §. (23—26. 1.) a perbebocsátkozás<sup>38</sup> tartalmát, az én felfogásommal is megegyezőleg (i. ért. 234. l.), nem egyszerű igenlésben vagy tagadásban, hanem perbeli, a perre vonatkozólag történt igenlés vagy tagadásban állapítja meg. Azon mellékes megjegyzéseket, melyeket e §. még a feleknek a bírósághoz való viszonyára tartalmaz, annyival inkább észrevétel nélkül hagyhatom, mert szerző a következő §. elején kijelenti, hogy ő a keresetjognak csak egyik, az ellenfél ellen forduló oldalával akar foglalkozni, a bíróság ellen irányuló másik oldalát pedig, melyre én id. értekezésemben különösen tekintettel voltam, mellőzi. Ehhez képest áttérhetünk szerzővel a perbebocsátkozási kényszer alapjára. (4. §. 26—40. 1.)

A hosszash, nem épen világos fejtegetések eredménye a következőkben foglalható össze.

A kereseti kényszer (Klagzwang) alapja azon szükségességben rejlik, hogy a jogrend a béke rendjévé alakuljon (31. l.). A közület (Gemeinschaft) joga és békéje a peren függ. A béke és jog mint közületi intézmény és érték csak úgy van megóva, ha a jog lételeben nem egyedül az egyes jogalany individualis nézetétől függ és valóstításában nem engedtetik át az egymással ellenkező felek nyers magánerőszakának (29. l.). A kereseti kényszer

<sup>38</sup>) Einlassung. A perbebocsátkozás nem adja tökéletesen vissza e szó értelmét, mert az az igenlő feleletre nem talál, miután ez nem létesít pert, sőt azt inkább kizárja. Azonban más magyar szó nem állott rendelkezésemre.



mint objectiv szabvány (Norm), tehát nem az egyes egyéni jogán magában véve, hanem a magánérdeknél magasabb okokon, a jogintézmény logikáján alapul (31. l.). A félnek azonban subjectiv joga, igénye is van a másik fél ellen a perbebocsátkozásra (itt „auf Gerichtsfolge“). Ezen igény jogra van alapítva, de nem a kereset által érvényesíttetni kívánt jogra, hanem a jogra, hogy jog egyáltalán létezzék és a jogra, hogy a közület békéje fentartassék. Mert a jog fenn nem állhat jogvédelem nélkül, és mert az állami jogvédelem úgy belső értéke szerint, mint a külső siker biztosságát tekintve, az önhatalmú jogvédelem felett áll, mert továbbá az állami jogvédelem a jognak liquiddó tételét követeli: ezért a jogból a jogra magában véve, mint a személy attributumából, mely nélkül az mint olyan, nem létezhetik, szükségkép következik a félnek joga a másik fél ellen a perbebocsátkozásra. Az, a mi az igényt a jogra a személyiség valóságos attributumává teszi, nem a concret jognak véletlen létezése, hanem a személyiséggel szükségkép és realiter adott jogi öntudat (Rechtsbewusstsein), és ez az, mi a jogban a jogra első sorban kiméltetik és védetik (33. 34. l.). A félnek az önsegélyt megtiltani, a nélkül, hogy neki a másik fél ellen a perbehívási jogot jogállítása alapján, azaz jogábani hite alapján megadjuk, annyit tesz, mint jogi öntudatát és jogvalósítási érdekét teljesen érdektelenné tenni (34. 35. l.). A jog a jogra, mint a személyiségből magából levont jog, a jogi öntudat tiszteletére, nem magánjog hanem közjog, az egy alapjog (Grundrecht), alapjog minden más alapjogok felett (34. l.). A becsületes kereset sokkal többet és magasabb jogkövetelést foglal magában, mint a melyet a condemnatióra irányuló kérelem kifejez. Felperes a perben csak nagyon feltételelesen követeli concret jogának valósítását; sokkal feltétlenebbül követeli ennél a jogi meghallgatás megadását, mint jogi öntudata és szükséglete jogi értékének megállását. Alperestől pedig követeli, hogy az a jogot magában véve valószínűsíteni és fennállásában megtartani segítse (35. 36. l.). És alperes, ki ezzel ellenkezik, ki felperestől ezen jogot megtagadja, egyáltalán elvetendő és jogilag negálandó felfo-



gást tanusít; kijelenti, hogy ő a jog valóztatásával nem törődik, hanem a statusquo véletlenénél akar megmaradni (35. l.).<sup>39)</sup> Persze a jogi személyeknél a jogi öntudat kielégítéséről jó módjával nem lehet szó. Itt a szóban forgó etikai jogi jót (Rechtsgut) egy mással kell pótolni, mely akkor, midőn a fél magáért lép a sorompóba, csak másodsorban áll t. i. a biztosított jogi élvezet járával. A képviselőnél azonban nem hiányzik a kereseti jogosultság minden vonatkozása a jogi öntudathoz, csak hogy ott, hol a képviselő nem meghatalmazáson alapul — mert itt egyszerűen a képviselt jogi öntudata értékesítettik — e vonatkozás más személyes irányt vesz fel. A képviselőnek joga van, hogy neki kötelessége teljesítése, úgy a mint azt ő felfogja, megengedtesse. A kereset gazdasági érdeke ugyan a képviselőre nézve idegen érdek, de az, hogy a jogi meghallgatás megadásában kérelmének relevanciája elismertessék, egy oldalról, t. i. a becsület oldaláról reá nézve sem egészen idegen érdek és jog (36—38. l.)

Midőn szerző a keresetjogot nem a concret magánjogra, hanem közjogi alapra vezeti vissza és midőn a kereseti kényszert mint objectiv szabályt, a perintézmény logikájára alapítja, az én nézeteimmel is találkozok. Új a kísérlet felperes kereseti igényét alperes elleni irányzatában megalapítani. Én ezen kérdést fel sem vettem. Sőt azt egy, a keresetjog közjogi természetének megvilágítására használt kitétellel, hogy t. i. „alperes a perviszonyban nem valamely magánjog, hanem közjog folytán és mint az államnak vagy egy bizonyos bíróságnak alávetett tartozik résztvenni” — mondhatni háttérbe szorítottam. Jól mondja szerző az itt tárgyalt §. elején, hogy az alperes elleni perbebocsátkozási kényszer felperes jogaként felfogva, ép oly kevésbé származtatható le felperesnek a

<sup>39)</sup> Ezen akaratra nézve különben szintén áll az, mit szerző alperes perbebocsátkozási akaratáról mond (24. l., 2. j.): „Er will es in demselben Sinn, wie das rechtsgestaltende Wollen überhaupt oft gedacht wird: nicht als das empirische Wollen im einzelnen Fall, sondern als das im Sinne der Rechtsidee bestimmte Wollen.“



biróság irányábani viszonyából, mint alperesnek a bíróság irányábani alávetettségéből. Nem az előbbiből, mert felperesnek a bíróság elleni igénye nem terjedhet tovább mint a bíróságnak alperes irányábani jogosultsága, tehát e jogosultságot előfeltételezi. Nem alperesnek a bíróság irányábani alávetettségéből magában véve, mert a bíróság tevékenysége a fél kérelméhez és pedig jogosult kérelméhez van kötve. Felperesnek joga tehát, mint a per-bíróság tevékenységének motora, nem nélkülözhető. És pedig, miután a bíróság tevékenységének alperes ellen kell irányulnia, nem nélkülözhető továbbá felperes jogának alperesre való vonatkozása. E vonatkozás persze nem létesíti magában a pert; ahhoz járul mindkét félnek viszonya a bírósághoz. Egyik viszony sem származtatható le a másiktól, mindegyik önállóan (?) áll a másikkal szemben és mégis mindegyik a másik által van feltételezve. Szemléltethetővé tehetjük szerző ezen fejtegetésének helyességét a választott bírósági szerződés hasonlatával, mely úgy a feleket egymásközt, mint a bírósággal viszonyba hozza, jogokkal és köteleességekkel összekapcsolja.

A helyesen feltett kérdés megoldásának kísérletével azonban nem tudok egyetérteni.

Bekker azt mondja e munka felől irt bírálatában,<sup>40)</sup> hogy nincs azon helyzetben, miszerint szerzővel e részben vitatkozhatnék. „E végre, úgymond, tudnom kellene, hogy mit értek egy alapjog alatt. Nem hiszem, hogy abszolút, mind az öt világrészben és minden évezredben érvényes alapjogok léteznének, de szívesen elismerem, hogy mai német jogunkban alapjogok is rejlenek. Egyelőre azonban nem tudom, hogy miként volnának azok definiálандók; s ezért nem tudnék egy hamis definitiót sem visszautasítani“ stb. Én tovább megyek és egyáltalán nem ismerem el, hogy a személyiség attribútumait képező jogok, u. n. alap- vagy velünk született jogok léteznének. Azaz, hogy félre ne értessem, azok, a mik alapjogoknak neveztetnek, léteznek ugyan, sőt azoknak

<sup>40)</sup> Az i. h. 332. l.



sérthetlensége a tárgyilagos jog által gyakran felette hatós módon sanctionáltak is, de ezen u. n. alapjogok nem jogok, hanem csak állapotok. Azokat jogoknak nevezni észlelési és gondolkozási hiba, helytelen subsumtio és az ekként nyert fogalommal deductive operálni nem lehet.

Az alanyi jog fogalmának kérdése még nyílt kérdés, dacára azon sokoldalú és beható munkának, mely arra fordítottatott. Legjobban tanúsítja ezt Windscheid Anspruchstheoriája, mely azonban a kérdést csak elkerüli, de nem oldja meg. Annak a megoldását és kifejtését itt melleleg megkísérteni természetesen nem lehet szándékom. Saját, régen táplált felfogásomnak csak jelzésére szorítkozhatom.

Nézetem szerint jogról alanyi értelemben és azzal szemben álló kötelességről csak ott lehet szó, hol jogviszony létezik. A jog és kötelesség csak jogviszonynak tartalma lehet. Mélyebb értelmét e tétel persze csak a jogviszony fogalma által nyeri meg. Kevés szó van a jogtudományban, melynek értelme ködösebb volna, mint ezé. Részemre az egy határozott fogalmat jelel meg. Nekem jogviszony két vagy több személynek azon összeköttetése, melynél fogva azok egyike a másikkra bizonyos meghatározott, jogilag elismert és biztosított hatást gyakorolhat. Ez is bővebb kifejtésre és megalapításra szorulna, mit azonban itt ismét mellőznöm kell.<sup>41)</sup> Elég annyi, hogy az ember önmagában nem bírhat jogokkal és kötelességekkel. A mennyiben az ember társadalmonkívüli állapotban képzeltek, ez aligha fog valaki által kétségbe vonatni. De

<sup>41)</sup> Minden a viszony és állapot alapfogalmak tisztázásáról és teljes kigondolásától függ. E két fogalom az általános nyelv szokás által is össze szokott zavartatni. Állapot a létezőnek valamely tulajdonsága, minősége, melyben azt létezve (állva) felfogjuk (pl. a víz folyó állapotban van). Viszony ellenben két vagy több létezőnek egy már meghatározott jövőbeli hatás által való összeköttetése, vagy más szavakkal a viszony függő, de a factorok állása által már adott eredmény. Pl. 2:4. A nap viszonya a földhöz. Az emberek közötti viszonyok (életviszonyok) sajátyszerűsége abban áll, hogy azoknál a viszonyban álló személyek akarától is függ, és ez teszi lehetővé és szükségessé bizonyos életviszonyok jogi szabályozását. Ennyit melleleg jelezve, útmutatásképen.



ép ez hagyatik figyelmen kívül, illetőleg tagadatik meg akkor, a midőn a társadalmi embernek önmagából kifolyó személyiségével adott jogairól szólnak.<sup>42)</sup> Holott konkrét jog, az akaratnak más személy akarata feletti uralma, a társadalomban is csak viszonyból eredhet, vagyis inkább csak viszonyban létezhetik. Önmagában a társadalmi embernek is csak állapotai vannak, azaz tulajdonságai, minőségei, melyekben léteznek. Ezek a jog által szintén figyelembe vétetnek ugyan, de nem mint alanyi jogok, hanem mint a jogviszonyok alapítására és megszüntetésére befolyásos momentumok. Egyik iránya az állapotok ezen jogi figyelembe vételének, a melynél fogva azokat a felelőtes szemlélő a jogokkal összezavarhatja, az, hogy a jog az állapotok sértéséből eredő viszonyokat elismeri, szabályozza és tartalmuk érvényesíthetését biztosítja. A látszat itt arra utal, hogy ily esetben az embernek már önmagában joga van, joga van nevezetesen arra, hogy állapotát senki se sértse meg. Azonban, ha ezt jognak tekintjük, akkor ezen u. n. jog részére, — mely különben minden jogilag védett állapot tekintetében azonos tartalommal bír, — egy egészen más fogalmat kell alkotnunk, mint a mely a valódi jognak megfelel. Ezen jog nem irányul egy határozott személy ellenében, határozatlan negatív tartalmú, ki nem kényszeríthető, nevezetesen kereset és végrehajtás útján nem érvényesíthető. Szóval e jog valójában nem is jog. Egy a valódi jog természetének megfelelő jog az állapotokból csak azoknak sértése folytán, tehát egy új tény folytán ered, mely az állapotában sértett személyt a sértővel jogviszonyba hozza. A delictum vagy quasi delictum nem technicus értelemben vett jogsértés, hanem jogalkotó tény és a delictumtól eredő jogon követhetnek el azután még a jogsértés.<sup>43)</sup>

<sup>42)</sup> A u. n. személy- vagy velünk született jogokat könnyű ad absurdum deducálni. L. erre Ungernek részben találó bírálatát is (Syst. I. k. 60. §.), ki azonban maga is a gáncsolt hibába esik, midőn a jogviszonyok védelmének tanánál (II. K. 108. §. és egyebütt is) a statust jognak, sőt jogviszonynak tekinti. A viszony és állapot fogalmainak világos és kifejtett fogalmát nála is hiába keressük.

<sup>43)</sup> Mellesleg nem rettenek vissza elméletemnek azon consequen-



Ezen itt csak egyes pontjaiban vázolt felfogásom alapján természetes, hogy nem fogadhatom el szerző egész érvelését, mellyel ő a subjectiv kereseti jogot meg-alapítani igyekszik. Ha a keresetjog egyáltalán jog, a melynek az ellenfél részéről kötelesség felel meg, akkor ez nem lehet egyszerűen a személyiség attribútuma, a jogi öntudat kifolyása, hanem annak egy jogviszony tartal-mát kell képeznie. E viszony képezi a tagok egymás irányábani, valamint az összesség irányábani számos jogainak alapját, így egyebek közt a keresetjognak is. És ugyanezen viszony képezi lényegileg alapját az idegenek részére és idegenek ellen adott keresetjognak is, a meny-nyiben t. i. a közületi kapcsolat bizonyos tekintetben azokra is kiterjesztetik, mely kiterjesztés egyebek között a nemzetközi viszonyoktól is függ.<sup>44)</sup>

Az első értekezésnek még hátralevő része (41—80 l.) a perbebocsátkozási kényszer határainak megállapítását tűzi ki céljául. Ezeket szerző két irányban látja. A per-

tiájától sem, hogy minden (valóságos) jog obligationalis vagy obligatio-szerű és hogy nevezetesen a tulajdonjog is nem technikus értelemben vett jog, hanem csak állapot. A tulajdonos magában véve csak a do-loggal áll viszonyban, ezen viszony tartalma a dologra megengedett hatás. De ezen oldalról a tulajdonjog nem esik jogi szabályozás alá. A jog a tulajdonos akaratának nem a dolog irányában, hanem har-madik személyek irányában ad hatalmat. A dologhozi viszonyt csak mint a személy minőségét, állapotát fogja fel és a személy ezen álla-potát védi, a sértésből eredő viszonyokat szabályozva. Mert a viszony-ban állás is minősége a személynek és a személyre visszavonatkoz-tatva, mint ennek állapota fogható fel. Így van ez a birtoknál is. Ter-mészetes, hogy teljes meggyőződéssel csatlakozom Savigny (Das Recht des Besitzes. 6. kiad. 6. §.) azon nézetéhez, hogy a birtok mint jog, vagyis a birtok sértéséből eredő jog, egy obligationalis jog és hogy a sértés előtt a birtokból semmiféle jog sem létezik.

<sup>44)</sup> E mellett könnyen magyarázható, hogy némely jogok az ide-genek kereseti jogát legalább bizonyos irányokban el nem ismerik. Szerzőnk felfogása e részben cserben hagy. Így pl. hogyan magyaráz-ható szerző felfogásából az, hogy a francia jog (legalább a gyakorlat szerint) külföldieknek egymás irányában rendszerint nem ad kereset-jogot, de igen külföldinek belföldi ellen. Itt nyilván nem lehet azt mon-dani, hogy az idegenek személyisége nem ismertetik el, jogi öntudatuk nem méltányoltatik, hanem csak azt, hogy a francia jog a külföldieket egymásra való tekintettel nem veszi fel a közületi kapcsolatba.



bebocsátkozási kényszer 1. csak a becsületes, azaz jóhiszeműen alapuló, és 2. csak a jogilag releváns (erheblich) kereseti állítás védelmére szolgál (steht zur Seite.)

Azon tétel, hogy a perbebocsátkozási kényszer, vagy mondjuk általánosabban, a keresetjog, csak a jóhiszemű állítást illetné meg, legalább a mai jog szempontjából nyilván helytelen és e tekintetben ellentmondásom bővebb kifejtésre annyival kevésbé szorul, mert szerző maga is elismeri, hogy alperes perbebocsátkozási kötelessége nem függ a kereseti állítás kimutatható bona fidesétől. Szerző szerint is csak általános jogi kötelesség létezik a perben, és pedig mindkét fél részéről, s subjectiv igazmondásra. Habár azonban a subjectiv igazmondás nem is képezi olyképen, mint a kereseti állítás relevanciája a peralapítási jog előfeltételét és szerző által helytelenül soroztatik az utóbbival egy kategóriába, ez még nem zárja ki azt, hogy az, mint a jog által elismert és a posteriori sanctionált kötelesség vagyis inkább határ<sup>45)</sup> ne korlátozhatná a peralapítás jogának gyakorlását.

Szerző a subjectiv igazmondási kötelességnek mint jogi kötelességnek fennállását a perben kétségtelennek tartja. Indokai: A perjog a legsivárabb formalismussá sülyed és elveszti valódi ethikai jogi substantiáját, ha a perjogba a subjectiv igazmondás parancsát, mint egy mindkét félhez irányzott parancsot be nem vonjuk. Továbbá: A félnek a jogi meghallgatás nem calumniája, hanem valóságos állítása részére van megadva. Állítani annyi mint itélni. Világos, hogy a jogi erő, melyet a jog a pusztá állításnak nyújt, nem vonatkozhatik az ítélet külső látszatára, hanem csak annak realitására. Realiter pedig nem áll fenn azon ítélet, mely csak egy külső, az állítónak öntudata szerint is hamis állítás formájában létezik. Hogy ott, hol külső állítás forog fenn, az állítónak öntudata inquisitoriusan nem kerestetik, ez csak a praktikabilitás követelménye.

Mindez részemre csak annyit bizonyíthat, hogy a subjectiv igazmondás a perben jogi postulatum. Jogsza-

<sup>45)</sup> Még nem kötelesség technikus értelemben, mert ez, valamint az azzal szemben álló jog, csak a határ átlépésével, tehát egy új tény nyel jó létre.



bálya, jogi paranccsa, vagy ha úgy tetszik teljesen kifejlődött jogszabállyá e postulatum azonban szerintem csak ott és annyiban válik, hol annak megsértése kényszerkövetkezményeket von maga után, mi szerző szerint is csak egyes esetekben történik. Persze e részben felfogásom szerzőétől, ki Binding álláspontján áll, és a jogi parancsot a kényszerkövetkezményektől függetleníti, végkép különbözik.<sup>46)</sup>

Nem volna már most lehetetlen, hogy a jog a keresetjogot a subjectiv igazmondás által korlátolja, e korlát átlépését *delictum*nak tekintve. Példája ily korlátozásnak a római *iudicium calumniae*. De mai nap a kereseti jogállítás roszhiszemüségéhez kötött következmények nem léteznek, legalább pl. nálunk, a közös német perjog és az új német perdt. szerint is. Szerző szerint azon körülmény, hogy a jog nem köt mindenütt (?) büntető következményeket a tudatos calumniához, abban találja magyarázatát, mert az alaptalan kereset elutasítása és a perköltségekbeni marasztalás átlagos eredményként elegendőnek látszott. Mindazonáltal nem hiányzik a hajlandóság a perköltségeket a subjectiv vétkességi momentumnak lényeges tekintetbevételével megállapítani és ott, hol ez történik, felperes azon köteletségének, hogy tudva alaptalan keresetet ne indítson, jogi jelleme kétségtelenül előtűnik,

Szerző maga adja kezünkbe a fegyvert. Az újabb törvényhozásoknak legalább is tulnyomó többsége szerint<sup>47)</sup> azon már a későbbi római jogban és a német birodalmi törvényekben is elismert szabály áll fenn, hogy a per összes költségeit, és nevezetesen az ellenfél költségeit is, rendszerint a pervesztes fél tartozik viselni. Igaz, hogy csak rendszerint és hogy a szabály alkalmazásánál a bíróság *arbitrium*ának bizonyos tér engedtetik; de az is igaz, hogy a bíróság, legalább a helyes és uralgó nézet szerint, mely némely törvényhozásokban egyenes kifeje-

<sup>46)</sup> Joggal szólal fel a felfogás ellen Bekker is az i. h. 336. l. hivatkozva Iheringre (Zweck I. 318. l.), ki a jogi kényszer nélküli jogszabályt *ungeheuerliche Idee*-nek nevezi.

<sup>47)</sup> L. az 1872-iki német prts javasl. indokolását a 85—97. §§-hoz, a 138. lapon.



zést is nyert, csak objectiv, az ügyben magában rejlő okok, valamint a per és az egyes perbeli cselekmények szükségességének szempontjából és nem a fél subjectiv hiszeme alapján térhet el a szabálytól.<sup>48)</sup> Feltéve tehát, hogy a perköltségek megtérítésének kötelessége egyáltalán a perbeli jogok gyakorlatának korlátját képezi, a mai felfogás e korlátot nem a subjectiv igazságosságban és a per, illetőleg az egyes perbeli cselekmények objectiv szükségességében állapítja meg. És az, hogy a perköltség megtérítésének kötelessége valóban a perbeli jogok gyakorlatának képezi korlátját, nézetem szerint kétségtelen. Bármilyen legyen is e megtérítési kötelesség alapja, az csak a perjog és nem a magánjog körében feködhetik.

Szokásos a perköltségeket a perbevitelt jog járuléknak, accessióinak tekinteni.<sup>49)</sup> Egy más alkalommal szerző is (61. l.) mellesleg hasonló nézetének ad kifejezést. „A bonae fidei possessor, úgymond, becsületes tagadása által a vindikáló tulajdonjogát sérti és nem annak a perbeocsátkozásra (Einlassung) terjedő perbeli jogát: a kétségbevonás miatti kártérítési kötelezettsége, és pedig az u. n. materialis, nem pedig a perbeli viszony szempontjából a perköltségekért való felelősségére vonatkozik, ha és amennyiben ez a törvény szerint a pervesztéshez, tekintet nélkül a vétkes perlekedésre, van kapcsolva.“ Mellőzve szerző azon sajátos felfogását, mely a pervesztéshez kötött perköltség megtérítési kötelesség részére más, t. i.

<sup>48)</sup> L. péld. Wetzell, Syst. 2. kiad. 508. és k. l., Renaud, Lehrb. 229. §.

<sup>49)</sup> És pedig nem csak a kifejezésekben kevésbé válogató gyakorlat által, hanem az irodalomban is és ismét nemcsak a kifejezés, hanem az értelem szerint is. Így pl. Unger, Syst. I. 605. l. a perköltség megtérítésére terjedő jogot a keresetbe vett jog formell accessorius mellékjogának tekinti és az ily, csak a főkeresettel együtt érvényesíthető jogoknak az osztrák jog szerinti egyedüli példajaként említi fel. E helytelen felfogásnak egy konzekvenciáját képezi azon helytel-közettel előforduló tévnyezet is, hogy a főkötelezettségben egyetemlegesen elmarasztalt alperestársak, mindig, azaz már a főkötelezettség egyetemlegességéből kifolyólag a perköltségeket is egyetemlegesen tartoznak viselni. Ide tartozik azon tévnyezet is, hogy pl. a váltókibocsátó az elfogadó vagy egy forgató ellen felmerült perköltségeket is viselni tartozik.



materialis alapot statuál, mint a subjectiv vétkekességhez kötött ily köteleesség részére, mely ismét perjogi alapon nyugodnék, általában nem oszthatom azon nézetet, hogy a perköltségekérti felelősség a perbevitt magánjogból vagy annak sértéséből eredne. Röviden már csak azért sem, mert a perköltség a nyertes alperes részére is megítéltetik, kinek pedig nincs felperes ellen perbevitt magánjoga. Ezért, és mert pl. a vesztes felperesnek költségei is megterítendők lehetnek (ha ő a per folyamában történt kielégítés folytán utasíttatik el), és mert a teljesen nyertes felperes is perköltségekben marasztaltatik<sup>50)</sup>, lehetetlen továbbá a perköltségeket járulékoknak, legalább technicus értelemben vitt járulékoknak tekinteni.

De ha már most azon szabály, hogy az objective alaptalanul perlekedő felperes a perköltségekben marasztalandó, csakugyan a keresetjognak, azaz a peralapítási jognak korlátozását képezi, hogyan egyeztethető az össze azon általam is védett felfogással, hogy a keresetjog és pedig mint valóban létező jog mindenkit pusztla állítására megillet? Ki jogával él, senkit sem sért és jogának gyakorlása miatt senki irányában sem válik felelőssé. Már pedig a perköltség megtérítési köteleesség alapjának delictumnak vagy quasidelictumnak, általában a jog által meg nem engedett, jogszabállyal ellenkező cselekménynek kell lennie, akár tekintsük a megtérítést kártérítésnek, akár büntetésnek, akár végre egy praeventiv szabály realisálásának.<sup>51)</sup>

Az ellentmondás, nézetem szerint, nem megoldhatatlan.<sup>52)</sup> Megoldását találja az a per végcéljában, mely a jogvédelem. Azon ideális felfogásban, vagy ha úgy tetszik,

<sup>50)</sup> Mora accipiendi esetében.

<sup>51)</sup> T. i. „um von nicht sattsam begründeten Ansprüchen abzuschrecken.“

<sup>52)</sup> Szerző szerint (az előbbi 4. §. 39. 1. 3. j.-ben) „ist die Vorstellung dass Unrichtiges im Process behaupten, nothwendig ein Unrechtthun in sich schliesse, nichts anderes als ein innerer Widerspruch, welcher allerhöchstens der mangelnden Differenzierungskraft naiver Volksanschauung begegnen, aber auch von ihr nicht rein durchgeführt und am allerwenigsten von dogmatischen Standpunkt aus ernsthaft gerechtfertigt werden kann.“



naiv népnézetben, mely a keresetjogot a jogvédelem eszközének tekinti és melynek postulátuma, hogy a keresetjog csak ott vétessék igénybe, hol jog és pedig védelemre szoruló jog létezik. Valamint az önsegély az állami jogvédelem fejlődő korában csak jogilag szabályozott felelősség mellett volt gyakorolható,<sup>53)</sup> úgy állunk e részben alperes védelmi jogával is, mely mint az önsegély ellen alkalmazott védelem, egykor szintén csak felelősséggel gyakorolható volt. Az institutio logikája megkívánja, hogy felperesnek jog adassék, pusztá állítása alapján pert alapítani. És e jog teljesen meg kell, hogy adassék, mint pusztá állítás alapján valóban létező jog, mert különben az elutasító ítélet önmagát declarálná semmisnek. De e jog mégis egy, azonban szükségképen tökéletlen, nem érvénytelen, hanem csak felelősség által sanctionált korlátozással adathatik meg, t. i. a korlátozással: a jogot csak alapos állításra és szükség esetére gyakorolni.<sup>54)</sup> A korlát egyébiránt természetesen nem szükségképi, valamint miségében és az átlépésére szabott sanctiót illetőleg is különbözően lehet megvonva. Lehetséges továbbá az is, hogy a felelősség nem az ellenfél irányában, hanem a bíróság, illetőleg az állam irányában vagy ezek irányában is áll fenn. Az ellenfél irányábani felelősség példája a mai perköltség megtérítési kötelesség, valamint a *sponsio, qua periclitatur reus si temere neget*, és a *restipulatio, qua periclitatur actor si non debitum petat*: az állam irányábani felelősség példája a római *sacramentum poenalis* jelentőségében.<sup>55)</sup>

<sup>53)</sup> L. pl. a lex Salica végrehajtási eljárását Sohm-nál az i. h. 31., 36., 37. l. és más germán népjogokra a 8. §-t.

<sup>54)</sup> Ez az institutio logikájával nem ellenkezik. Ha tehát szerző a kereseti kényszert az institutio logikájából vezeti le, belső ellentmondást ő sem vehetne fel.

<sup>55)</sup> Mellesleg, úgy látszik, hogy a *sacramentum praejudicialis* jelentősége is legjobban az önsegély maradványaként volna magyarázható. Az állam eredetileg csak a jogtalan (az isteneknek nem tetsző) erőszak megbüntetése (az istenek kiengesztelése) végett avatkozott a felek vitájába. A per tárgya ehhez képest kezdetben az volt, hogy ki gyakorolt joggal erőszakot, t. i. a támadó (felperes), vagy a védő (alperes). A büntetés kérdésének eldöntése következetesen a felek jogát



Ezzel áttérhetünk a keresetjog másik határának, t. i. a kereseti állítás relevanciájának vizsgálatára.

Szerző az irodalomban e részben felmerült elméleteket két fő elméletre vezeti vissza. Az egyik egy magánjog állított sértését, a másik egy felperes részéről kimutató jogi és pedig magánjogi érdeket kíván meg. Szerző egyik elméletet sem találja kielégítőnek (7. és 8. §§.).

Ha, úgymond, a jogsértés vagy a szenvedett jogtalanság fogalmát szigorúan vesszük, akkor oda kell jutnunk, hogy minden keresetben alperesnek delictummal(?) való vádolása foglaltatik. Ezen elméletnek mai nap nem igen lesznek követői. E helyett azonban újabban (főleg Windscheid) a panaszolt jogsértést az objectiv jogtalanság értelmében szeretik venni és a keresetet az ily jogtalanság szenvedése miatti panasznak tekintik. Az objectiv jogtalanság fogalmának — bár általa el nem ismert — létjogosultságát vizsgálni szerző nem tartja helyén, de annyi bizonyos előtte, hogy a csupán objectiv jogtalanság állítása nem tartalmazhat alperes ellen valódi panaszt, már pedig a kereset személy ellen irányul és így — Windscheiddel panaszként felfogva, — a személy vétkességének állítását nem nélkülözhetné. Továbbá, ellene szól ezen elméletnek, hogy a bírói ítélet súlypontját nem elmult eseményeknek (jogsértésnek) jogi jellemzése, hanem egy a jelenben létező igénynek megállapítása képezi. A főnehézség abban áll, hogy Windscheid és ezen elmélet más követőinek saját állításuk szerint is vannak keresetek, nevezetesen a praejudicialis és osztálykeresetek, amelyekben a szenvedett jogtalanság iránti panasz hiányzik. Ezen ellenmondás megoldásának egyedüli módja, a kérdéses kereseteket a keresetek sorából kidobni, mit Windscheid és mások tényleg meg is tesznek. De ezen eljárás, egyebektől eltekintve, a kérdéses alakzatok materialis magyarázatát nélkülözi, így jelesül a praejudicialis kereseteket. Ha

is eldöntötte és így arra praejudicialis volt. Midőn azután az állam előrement tényleges erőszak gyakorlása nélkül is (a symbolicus legalább a vindicationál fenntartotta magát, követeléseknél pedig a manus injectióban jutott érvényre) belebocsátkozott a felek vitájának eldöntésébe, ezt még jó ideig a régi alapon tette. Emellett azután a jogtalan erőszak büntetése, valóságban az alaptalan kereset büntetésévé változott át, amint a kereset is az erőszak helyébe lépett.



azok tisztán processualis alakzatok az officium iudicis felhívásai volnának, akkor hogyan juthatni a perhez? miért keletkezik azok folytán valódi contradictorius eljárás és miért nem hivatalos vizsgálat (Official-inquisition)? A praejudicialis keresetek is perviszonyt létesítenek a felek között, melyet egyoldalulag az imploránsnak a bíróhoz való viszonyára nem lehet visszavezetni, azok is csak ezen alperes elleni megállapításra vezetnek, mely annak perbebocsátkozásán alapul és perbebocsátkozási kötele-ségét előfeltételezi. (44—49. l.)

A jogi érdek szerző szerint szintén nem alkalmas arra, hogy önálló és abszolút határmegállapításul szolgáljon és végkép arra, hogy önálló keresetalapot képezzen.

A jogi érdek ugyanis vagy összeesik valamely joggal, az ez által kielégítendő érdek szempontjából felfogva, és ekkor a jogi érdek kelléke nem mond egyebet, mint hogy valamely jogot keresettel érvényesíthetünk, mihelyt ezen érvényesítés érdekünkben áll, a jogot magát azonban ezen érdek nem határozza meg. Vagy pedig az érdek önmagában létesíti a keresetet, és ekkor ismét a „jogi” meghatározást nem szabad felvennünk, mert különben azon circulusba jutunk, hogy a jogot a keresetre az érdekből, az érdeket pedig a keresetjogból származtatjuk le. Csak a jog lehet a prius, amelyből az érdek csak mint egy a jog által adott és meghatározott kellék ex post állítható fel. A jogi érdek, mint kereseti kellék, felállításának azonban mégis egy helyes felfogás képezi alapját, t. i. egy a jogban megalapított érdek postulatuma (Brinz), azon postulatum, hogy felperes egy jogot kívánjon érvényesíteni, vonatkoztatva az abból leszármaztatandó élvezetre (Genuss). Ily értelemben a jogi érdek postulatuma a per lényegének megfelel és perjogi határvonalat képez, melyen túl kereset, contradictorius eljárás nem engedélyezhető, vagy legalább elvileg nem engedélyezendő (49—55. l.) Ehhez képest szerző azon tekintetből kiindulva, hogy a per lényegileg segély-eljárás (Hilfsverfahren), egy követelt jogi élvezet tekintetében, a határt a következő három ponttal tartja megállapítandónak. I. Állíttatni kell egy a peren kívül fennálló várandóságnak (Anwartschaft)



jogi élvezetre. II. A peren kívül postulálandó jogviszonynak a felek között vonatkozást kell feltüntetni, amelynél fogva az egyik fél által jog szerint követelhető kielégítés valamely módon a másik fél jogkörébe tartozó kielégítési eszközökre van utalva. III. A per felperes részéről egy állított jogélvezet-csonkítást (Rechtsgenußverkümmung) előfeltételez. Ellenben nem szükséges mulhatatlanul az igény magánjogi minősége (13. §.), e kellék szerző szerint — helyesen — csak egy a történeti fejlődés folyamában lévő határ, melynek relativ jelentősége nem fokozható abszoluttá. Mellőzve a jogélvezet-csonkítás kellékét (10. §.), mely ellen azon értelemben de csak abban, hogy felperesnek a tényleges állapotnak a jogilag elérhető állapottal való meg nem egyezést, azaz egy még fennálló jogot kell állítani, nincs kifogásunk; a fősúlyt szerzővel együtt a két első határpontra fektetjük, melyekről szerző a 9. §-ban „egy állítandó igény szükségessége?” felirat alatt az 55—65. lapon, az osztály és felmondási keresetek tekintetében pedig különösen a 11. és 12. §§-okban tárgyal, míg az elismerési keresetek tekintetében az igény részletes kifejtését a harmadik értekezésnek tartja fenn. Ámbár szerzőnek főleg a 9. §-ban tartalmazott általános fejtegetései sok tekintetben ellentmondásra provocálnak, a dolog lényegét illetőleg korábbi nézetem visszavonásával kénytelen vagyok azoknak igazat adni. E lényeg az, hogy minden kereset igény, vagyis inkább jogállítást<sup>56)</sup> előfeltételez. Tekintettel főleg a praejudicialis vagyis úgynevezett megállapítási keresetekre, korábban ellenkező nézetben

<sup>56)</sup> Az igény (Anspruch) fogalmával nem tudok megbarátkozni azon öltözékben sem, melyben azt szerző bemutatja. Ő lemondva az eredménytelen terminologicus polemiáról, igény alatt érteni akarja: a jogi várandóságot valami eredményre, vonatkoztatva egy azért felelős, vagy annak előidézésére a jogosult irányában kötelezett subjectumra. És mi ekkor a jog? Legalább az obligationális jog? Az az igénnyel nyilván összeesik. Tehát van jog, mely magában egyenlő az igénnyel. Kérdés, egy fogalom alá vonható-e ezen joggal azon jog, mely magában nem egyenlő az igénnyel, melyből csak egy további tény folytán, azaz a sértés folytán keletkezik igény? Én azt hiszem, nem az igény új fogalmát kell állítani, hanem mindenekelőtt a jog és jogviszony fogalmát alaposabban kigondolni, tisztázni.



voltam. A római *praejudicialis* keresetknél, így pl. a *praejudicium*nál „*quanta dos sit*“, „*an ex lege Cicereia praedictum sit*“, de a *status* keresetknél is, továbbá mai nap is a keresetknél, melyek, pl. a végrendelet érvénytelenségének vagy a bérlet felmondás érvényességének kimondását célozzák, a kereset által érvényesíttetni vagy felismertetni kívánt igény vagy jog, úgylátszik, nem igen található fel. Legalább az eddigi kísérletek e jogot előttem nem látszottak felfedezni. Az Unger-féle „*es ist vielmehr stets dasselbe Recht, welches sich wie zur Realisirung, so zu Anerkennung bringt*“ kézzel foghatólag hamis. A Windscheid-féle általános igény a létezőnek elismerésére, melytől utóbb maga is elállott, szintén nem elégíthetett ki. Miután a keresetjogot általában nem származtathattam le valamely létező magánjogból, hanem már az állított joghoz kötöttem, nem is tartottam nagyon szükségesnek e jogot nagyon kutatni. Valamint az állam, így érveltem, a pert mindig csak közvetve teszi a jogvédelem eszközévé, amennyiben annak közvetlen céljául nem a jog érvényesítését, hanem csak annak elismerését tűzi, úgy e közvetettségben még tovább is mehet és bizonyos más állítások iránt is megengedheti a pert, azon célból, hogy ezek valóságának eldöntése által jövőendő jogviták elkerültesse- nek vagy egyszerűsítsenek. Ezen egész okoskodást azonban megcáfolja azon egyetlen, egyébiránt szerző által ki nem emelt tény, hogy a megállapítási kereseteket is csak bizonyos, a kereseti állítás által meghatározandó személy vagy személyek ellen indíthatom meg. A keresetet, hogy egy végrendelet érvénytelen stb., nem lehet bárki ellen megindítani, hanem csak bizonyos személyek ellen, vagy más szavakkal, azon állítás, hogy a végrendelet érvénytelen, magában nem elegendő a kereset meg- alapítására. A kereseti állításnak itt egy bizonyos, az al- perest is meghatározó vonatkozást kell feltüntetni, egy vo- natkozást, mely nem a keresetindítás által jön létre, ha- nem már korábban legalább állítólag létezett. Azon állí- tás, hogy egy bizonyos végrendelet érvénytelen, magában véve ép oly kevésbé perelhető, mint azon állítás, hogy 100-nyi kölcsönkövetelésem van. Mivel tehát a kereseti



állításnak meg kell határozni (jobban adni) alperest úgy, mint felperest, azaz a felek legitimatioja miatt, perjogi szempontokból, nélkülözhetetlen minden keresetnél egy felperestől alperes ellen irányuló jognak állítása. Ennek ellenében nem lehet arra hivatkozni, hogy az igényállítás nem jut minden keresethez — így nevezetesen a szerző által hivatkozott osztály és praejudicialis keresetekben — külső kifejezésre és minden győzelmes ítéletben egyenes elismerésre. Ezen következtetés ellenében joggal figyelmeztet szerző mindenekelőtt azon körülményre, hogy az igény ott is, hol az a keresetben előtűnik, tárgyára nézve változást szenvedhet. Így a római formularis perben a dolog-szolgáltatásra irányuló követelés az ítéletben pénzbeli marasztalássá változik át anélkül, hogy a dolog iránti követelés az ítéletben kifejezést nyerne. De — úgymond tovább — a materialiter keresetbe vett igénynek a keresetben sem kell szükségképen formális kifejezést nyernie. Eltekintve a formularis pertől, melyben a felek jogállítása általában nem jutott formaliter tökéletes kifejezésre, áll ez különösen a legis actio sacramento in rem esetében, mely alakilag a dologi jog liquiddé tételére irányul, de mégis kétségtelen, hogy arra is volt hivatva, hogy felperest a magáéhoz segítse.

Miben áll azonban a jog, melynek állítása a keresetben szükséges? Ezen, tulajdonképen már a magánjogba tartozó kérdés megoldására irányulnak főleg szerző fejtegetései. Az ut, a melyen ő az igényállítás szükségességét bizonyítani akarja, az igény construálása.

A feleknek egymáshoz való vonatkozása, melynél fogva az egyik fél kielégítése tekintetéből a másik fél jogkörébe tartozó kielégítési eszközökre van utalva, szerző szerint kétféleképen képzelhető: vagy úgy, hogy az egyik fél joga már eredetileg a másik fél tartozik-jára (Soll) vonatkozik és ennek teljesítésében találja kielégítését; vagy úgy, hogy a jogositott személy maga és jogi javának élvezete között az ellenfelet akadállynak találja és annak eltávolítását kívánja a bírótól. Az utóbbi kategória, melynek példaként a végrendelet érvénytelenítési kereset hozatik fel, egyedül okoz szerzőnek nehézséget és képezi



vizsgálódásának tárgyát. Az elfedett igény bebizonyítására, ugylátszik, a következőknek kell szolgálni: Tegyük fel ugymond, hogy a kereset egyszerűen a tulajdonjog megállapítására van irányozva, tekintet nélkül a tulajdon tényleges sértésére, egyedül csak a jövőendő biztonság érdekében. Felperes nem juthat céljához alperes perbebocsátkozása nélkül. E perbebocsátkozás — mi könnyen figyelmen kívül hagyathatik, két különböző igényre vonatkozik, melyek egyikét kielégítheti, míg egyidejűleg másikat sérti: Az egyik a perjogi igény, a subjectiv igazságnak megfelelő nyilatkozásra, a másik a materiális igény, az objective megállapított kereseti állításnak positiv igenlésére irányul. E két igény közötti ellentét azután tovább kifejtetik, nevezetesen a sértés esetére is. A becsületes jogtagadás nem sérti a perjogi, hanem csak a materiális igényt. A tagadó rosszhiszemű birtokos a tulajdonos felperesnek mindkét igényét sérti és mindkét irányban súlyos jogkövetkezményeket provokál maga ellen<sup>57)</sup>.

E constructionnak annyival inkább ellent kell mondanom, mert az itt nyilvánuló felfogás képezi a megállapítási keresetekről szóló értekezés célba vett főeredményének alapját.

Mindenek előtt nem áll, hogy az objective alaptalan tagadás materiális jogkövetkezményei a jog által a perbevitt magánjog sértésének következményeiként volnának statuálva. A szerző által ide vonatkoztatott perköltség megtérítési kötelességre nézve ezen felfogás helytelenségét fennebb igyekeztem kimutatni. De az alaptalan jogtagadás egyéb következményei, (mint a perbeli kamatok, a bona fidei possessornak fokozott felelőssége stb.) szintén nem a sértésre, hanem a peralapítás által létrejött perobligatióra vezetendők vissza, azaz arra, hogy a keresetbevett jog most már a perobligatio által védetik, ezért lesz az ítélet a lit. cont. időpontjára visszavonakoztatva és azért kapja meg felperes mindazt, mi őt a lit. cont. idejében megillette, tehát nevezetesen a lit. cont. utáni fructust és kamatokat is.

<sup>57)</sup> Melyek ma már a kereset kézbesítéséhez vannak kapcsolva.



Azonban menjünk tovább. Én azt hiszem, hogy az igény alperes igénylő perbeli nyilatkozatára nem lehet azon igény, mely a keresetnek alapját képezi, mely a per által érvényíttetni szándékoltatik. Tegyük fel, hogy ily igény egyáltalában létezik. Ha létezik, akkor annak következetesen minden keresetet, azaz nemcsak az elismerési keresetet, kísérnie kell. És szerző ezen consequentiát valóban fel is veszi. A materialiter jogosult felperesnek általában igénye van alperes recognitiv nyilatkozatára (60. l. fenn). Ha az áll, akkor pl. a kölcsönkeresetben három igényt lehet megkülönböztetni. Egyet, szerző szerint, jóhiszemű nyilatkozatra, a másikat elismerésre, a harmadikat pedig alperes fizetésére. És az elismerési keresetknél? Ott csak kettő volna, t. i. a két első. A harmadik ellenben hiányzanék. Pedig legalább a kölcsönkeresetnél bizonyos, hogy a harmadik a lényeges. Az képezi a per tárgyát, annak létele, illetőleg bírói megállapítása iránt folyik a per. Ezen harmadik igényt kellene tehát bebizonyítani az elismerési keresetknél is, ha azt akarjuk kimutatni, hogy azoknak ép ugy igényállítást képezi alapját, mint a kölcsönkeresetnek. És szerző is ezt akarja bebizonyítani. Mert az ellenfél „tartozik“-jára irányuló igényvel vagylagosan (példaként ép a kölcsönkeresetet hozza fel) egy másik igényt statuál a jogélvezet akadályát képező ellenfél eltávolítására, mely másik igény az elsővel egyenrangú, azt nevezetesen az elismerési keresetknél helyettesíti. De szerző bizonyítása nem sikerült, mert az egy egészen más, a kölcsönkeresetnél is cumulative fennforgó igényre vonatkozik.

De menjünk még tovább. A keresetnek a per tárgyát kell szolgáltatni. E pertárgy egy a peren kívül fekvő jognak állítása, mely állításnak a valósággal való meg vagy meg nem egyezését megállapítani képezi a pernek célját. Az, amit felperes alperestől a perben követel, ezen állításra való nyilatkozás, szorosán a kereset célja mellett maradva, ezen alperesi nyilatkozat fogalmilag kétféle lehet. T. i.: tagadom azon állítás valóságát hogy — — tartozom; vagy, elismerem azon állítás valóságát, hogy — tartozom. Alkalmazzuk ezt az elismerési keresetekre és tegyük fel, hogy azok azon állítást viszik perbe, alperes



tartozik pl. a végrendelet érvénytelenségét elismerni. Mi lehet erre alperes nyilatkozata, ha az a keresethez, azaz felperes kívánatához szorosan ragaszkodik? vagy az állítás tagadása, vagy azon nyilatkozat: Elismerem, hogy a végrendelet érvénytelenségét elismerni tartozom. E nyilatkozat nem egy azzal: elismerem a végrendelet érvényességét. A különbség igen subtilis, de mégis fennforog, nevezetesen azon irányban is, hogy az egyik nyilatkozat lényegileg perbeli és felperes perbeli jogának tesz eleget, a másik perenkivüli, legalább lényegileg perenkivüli, és felperes perenkivüli jogát elégíti ki. És a különbség annál szembeötlőbb és tagadhatlanabb lesz, mentül inkább másra mint pusztá elismerésre vagyunk kénytelenek felperes perenkivüli jogát irányítani. Ha az elismerési keresetek alapját képező igény nem egyszerű szóbeli elismerésre, hanem tegyük fel, felperes bizonyos állapotának állandó respectálására, illetőleg ezen állandó respectálás biztosítására terjed, akkor a különbség már fokozódik és kézzel foghatóvá lesz akkor, ha a felperes igénye fizetésre irányul. A fizetési kötelezettség elismerése és a fizetés csak nem mehet egyre? Szerzőnek tehát, ha figyelembe veszi, hogy alperes perbeli nyilatkozata az állításra és nem a perbevitt jogra vonatkozik, az elismerési keresetknél is három igényt kellett volna felállítani és ép a harmadikat, a perenkivülit, mely a perben csak állittatik, bebizonyítani.

Az elismerési keresetek alapját képező igény mibenlétének keletkezési és megszüntetési tényálladékanak, tartalmának kifejtése nem ide tartozik. Ez a magánjog feladata. Érdekes és továbbgondolkodásra serkentő támpontokat, nevezetesen történeti támpontokat is nyújt e részben szerző harmadik értekezésében, a 173—230. lapokon. Az összbenyomás alatt eredményüket egyelőre abban állapíthatom meg, hogy az elismerési vagy megállapítási keresetek alapjául szolgáló jog egy biztosítási jog (Sicherungsanspruch).

Helyén van itt, hogy befejezésül szerző harmadik értekezésének főcélját néhány szóval megvilágosítsuk.

A német prts. 231. §-a szerint: Jogviszonyok fennvagy fenn nem állásának megállapítására, okiratok elis-



merésére vagy valótlanságok megállapítására kereset indítható, ha felperesnek jogi érdeke van arra, hogy a jogviszony vagy az okirat valódisága, illetőleg valótlansága bírói határozattal megállapíttassék.

Szerző szerint ezen intézkedés az elismerési vagy megállapítási kereseteket mértéken túl kiterjeszti, elismerési igényeket statuál, melyek a peren kívül ki nem elégíthetők, megállapítási pert és ítéletet létesít, mely alperes által el nem hárítható (unabwendbarer Feststellungsprozess). A per ennek folytán, jogügyleti, tulajdonképen peren kívül elérendő célokra használtatik fel, az ily typicus színleges per tökéletlen alakulás, mindenütt, ahol létezett, csak átmeneti stadium. A megállapítási ítélet elháríthatatlansága szerző szerint nem tekinthető a n. prts azon szabálya következményének, mely szerint alperes jogbeismerése az ítéletet általában nem zárja ki, azaz a mely szerint nem a beismerést constatáló végzés, hanem ítélet hozandó. Mert a condemnatorius ítéletre vezető jogbeismerés a perbe vitt igényt nem elégíti ki, és ezért ezen oldalról condemnatiónak még helye lehet. Ellenben az elismerési keresetre történt beismerés alapján felperest el kellene utasítani, hacsak a beismeréstől a teljes kielégítési erőt meg nem tagadjuk, azaz hacsak felperes igényét már eredetileg nem vonatkoztatjuk a bírói megállapításra (164. és 165. l.)

Heyssler szerző ezen okoskodását éles elméjének nevezi. Nézetem szerint az teljesen elhibázott. Kételety támaszt annak helyessége iránt mindenekelőtt azon körülmény, hogy szerző felfogása szerint következetesen az elismerési keresetekre történt perbeli jogbeismerés sem bírhatna ítéleti erővel. Azaz a confessus in iure pro judicato habetur elv, szintén nem volna alkalmazható<sup>58)</sup>. A perben fizető alperes nem pro judicato, tehát a praejudiciális kereseti állítást beismerő — azaz szerző szerint fizető — alperes szintén nem lehet pro judicato. Még kétesebbé

<sup>58)</sup> Szerző okoskodása ezért nemcsak a német prts, hanem a római jog praejudicialis keresetei ellen is bizonyítana, melyek tekintében azon szabály alól, confessus pro judicato, kivételtől legalább tudomásunk nincs.



teszi szerző felfogásának helyességét, annak gyakorlati következménye. Alperes beismeri felperes tulajdonjogát és felperes ennek folytán keresetével érdemileg elutasíttatik, azaz kimondatik, hogy alperes nem tartozik felperes tulajdonjogát elismerni, vagy plane, hogy felperes tulajdonjoga alperes irányában nem állapíttatik meg. De szerző érvelése alapján is helytelen. Az azon fennebb megcáfolni megkísértett felfogás következménye, mely szerint az elismerési kereset materialiter alperes perbeli beismerését követelné és mely szerint alperes perbebocsátkozása közvetlenül felperes u. n. materiális jogára, nem pedig annak csak állítására vonatkoznék.

Azt megállapítani és kifejezni, hogy felperes perbevitt magánjoga mire irányul és mi által elégíthető ki, az objectiv magánjognak képezi feladatát. Szerző fejtegetéseinek nézetem szerint kétségtelen érdeme, hogy e feladatnak az elismerési keresetek tekintetébeni felismerésére vezetnek. Természetes, hogy annak megoldásába nem lehet szándékom belebocsátkozni. Annyit azonban, azt hiszem, e nélkül is kimondhatunk, hogy felperes elismerési joga nem irányulhat csak alperes egyszerű elismerésére. Egy jog, amelyet az ellenfél egy egyszeri négy szem közötti elismeréssel kielégíthet, a jogosultnak bizonyára nem nagy hasznára szolgál. Ily jogot kár volna statuálni. Az elismerési jog, úgy látszik, inkább az ellenfél állandó, állapotszerű elismerésére, az elismerendő körülménynek állandó respectálására terjed. Egy ily jog azonban directe nem valósítható. Ezért a jognak, hogy gyakorlati legyen, más irányt kell adni. Egy oly állapotot kell előidézni, melynél fogva a kötelezett el nem ismerése mindenkorra ártalmatlanná válik, mely a jogosultat a nem respectálás és annak következményei ellen lehetőleg biztosítja. Általában tehát az elismerési igény cautióra a legtágabb értelemben irányítandó. Ehhez képest az elismerési keresetnek helyt adó ítéletben tulajdonképpen alperes ellen irányuló meghagyást kellene tartalmazni elegendő cautió, pl. közokmányi elismerés, telekkönyvi törlési engedély adására. Hogy az elismerési keresetnek helytadó ítélet mégis nem tartalmaz ily meghagyást, sőt hogy abban al-



peres elismerési köteletségének megállapítása sem jut kifejezésre, ennek oka abban található, mert a köztekintélyű megállapítás, az ítélet jogereje, alperes állandó állapotú elismerését már magában eléggé biztosítja. Az ily ítélet már végrehajtását is magában foglalja. És ugyanez áll a bíróság előtti jogbeismerésről is, ahol az általában magában véve ítéleti erővel bír, valamint ugyanez áll a bíróság előtti egyességről is. Ezzel persze koránt sincs az mondva, hogy felperes elismerési joga csak ítélet által legyen kielégíthető. A magánjognak feladata más és pedig első sorban álló kielégítési módokat megállapítani, melyekre felperes joga tulajdonképpen terjed. Ha felperes joga ezen úton peren kívül már ki van elégítve, akkor elismerési igénye alperes ellen megszűnt, ép úgy, mint pl. tulajdoni igénye a birlaló ellen, ha az a dolgot neki visszaadta, — és ekkor igényének újólagos kielégítését per útján sem követelheti. A n. prts már most a perenkivüli kielégítési módokról nem intézkedik, de nem is zárja ki azokat, nem is statuál csak ítélet által kielégíthető elismerési igényeket. Az a megállapítási keresetnek akkor és csak addig ad helyt, míg felperesnek jogi érdeke van a birói megállapításon. Ha felperes elismerési igénye már peren kívül kielégítettett, akkor a birói megállapításhoz sem joga, sem jogilag védhető érdeke nem lehet.

---



### III.

## A POLGÁRI PERES ELJÁRÁS REFORMJA.\*

Tisztelt Jogászegylet!

A szóbeliség rendszerint tökéletesebb módja a bíróság információjának, mint az írásbeliség. Ebben jóformán mindnyájan egyetértünk. De nem vagyunk egy nézetben a következő pontban. Némelyek azt hiszik, — és ez nálunk nagyon divatos felfogás, — hogy a szóbeliség célja és főelőnye az, miszerint a bíróság a felek között más módon már letárgyaltakról és általában a már egyébként relevans módon előállított peranyagról, pl. tanúvallomásról, szakértői véleményről informáltassék. E nézetben van az előttem szólott tisztelt előadó urak közül egész határozottan *Nagy* úr is. Mások szerint és nézetem szerint is, a szóbeliségnek az ügyről kell a bírót informálni. Azok a referenst akarják a felek szóbeli előadásával helyettesíteni, mi a periratokat. A felfogás e különbözősége befolyással bír a szóbeliség megvalósításának mikéntjére is. Nevezetesen az egyik felfogás nem idegen a kötelező erejű periratoktól, míg a másik csak előkészítő iratokat ismerhet el. Szabadjon itt mindenekelőtt az alapfelfogás e különbözőségét néhány szóval megbeszélni.

Ismeretesek azon ellenvetések, melyek az „átkos” előadói rendszer ellen felhozatnak. Joggal emelte ki *Emmer*

\*Előadatott a Magyar Jogászegyletnek 1883. évi november 17-iki teljes ülésében. Megjelent a Magyar Jogászegyleti Értekezések között XV. sz. a. 1883-ban.



tagtársunk, hogy az előadói rendszer a generalizáló kárhoztatást, melyben azt itt *Nagy* tagtársunk részesítette, nem érdemli meg. Én megvallom, hogy nem tudom felfogni, mért legyen egy jó birói előadás a kollegium informálására kevésbé alkalmas, mint az ügyvédi előadás. Csak jó legyen a birói előadás. Ennek garanciája, hogy az előadó ne mondjon véleményt s ne hozzon magával kész tervezetet, mely birótársait a gondolkodástól s informáltatásuktól felmenti, garanciája továbbá az előadás nyilvánossága s a Parteireferat lehetősége. Ez utóbbi a bírót arra fogja ösztönözni, hogy oly referádát készítsen, melyhez szó nem fér. A porosz bírák híres referádái mellett a porosz eljárás által engedett szóbeli végtárgyalás, amint erről Németországban általában értesültem, jelentéktelen formassággá törpült. *Nagy* úr a felek mindent kiemelő előadásának előnyéül említi, hogy „mind a két fél úgy csoportosítja tényeit, ahogy magára nézve legkedvezőbbnek véli.“ „Itt, ugymond, sokszor az előadásnak legfinomabb nuanceai döntenek.“ És végül így apostrofál „ez az igazi birói funkció, hol a bíró mindent latra vehet, hol sokszor egyetlen elejtett szó, maga a védekezés iránya, szelleme adja kezembe az igazság kulcsát.“ Hogy azonban mindez érvényesülhessen, egy olyan szóbeli tárgyalást tart szükségesnek, hol mind a két fél zavartalanul és egyfolytában terjesztheti elő ítélő birájának saját ügyét és álláspontját. Ezt ugyanazon *Nagy* tagtársunk mondja, ki olyan kicsinylően nyilatkozik arról, hogy a tanúk mimikája, vagy mint utóbb nevezi, arcfintorgatása „a szóbeliség és szabad bizonyítási rendszer nagyobb dícsőségére“ a bizonyítékok sorába emeltetik, holott — amint mondja — a tanúk tiszteletteljes távolban állítatnak fel a birói podiumtól, s a bírák jó része közellátó lehet, stb.

Én nem vagyok az oráció entusiastája, s amennyire nem helyeselhetem azt, hogy az előadó felfogása győzedelmeskedjék a valóság felett, ép oly kevésbé tartom helyesnek, hogy az ügyvéd még egyoldalúbb felfogása és előadási ügyessége vívja ki a diadalt, bár amint egyrészt a bizonyítás felvételének közvetlenségét nem tartom abszolút módon előirandónak, másrésztől méltányolni tu-



dom a felek előadásának minőségéből, a tárgyalás össz-eredményéből higgadt ésszel levonható következtetések értékét.

És még csak egyet akarok említeni: ha az előadói rendszer kárhozatos volta teszi kívánatossá a szóbeliséget, akkor a szóbeliség az egyes bírák előtt nincs indokolva.

Részemről másutt látom a szóbeliség jelentőségét és fő előnyét. A legbonyolódottabb jogesetek is néhány, kevés ponton fordulnak meg. Tapasztaljuk ezt akkor, midőn valakitől jogi tanácsot kérünk. Az eset lényege, ha az előadó nem laikus, néhány szóval elő van adva. Hogy már most, ez a kevés döntő pont a hideg ésszel operáló bírónak szóval vagy pedig írásban pl. egy Ihering-féle jogeset alakjában terjesztetik elő, ez közömbös. Hogy azonban az eset így egyszerűsítették, arra szolgál a szóbeli tárgyalás, melyből a döntő pontok mintegy kifejeződnek. Míg az írásbeliségnél sok haszontalan állítás elejétől végig húzódik a perben, s vastaggá növeszli a percsomót, addig a szóbeliségnél a közvetlen pervezetés a bíróval való megbeszélés mellett s a szemtől-szembe mondas pressziója alatt a lényegtelen s kétségbeesett pozíciók mintegy önkéntelenül feladatnak. Az ítélő bíró információja egy eljárásban, melyben a bírónak arra kell törekednie, hogy magát informáltassa, melyben ő a valódi tényállás kiderítése körül tevékeny részt vett, természetesen a lehető legtökéletesebb.

Az eszköz, mellyel a bíró e célok elérésére a szóbeliség mellett kiválóan rendelkezhetik, az u. n. kérdezési jog. A tevékenység, amelyet közönségesen a kérdezési jog gyakorlata alatt értenek, tulajdonképen a bírói tevékenységnek két különböző nemét foglalja magában. Az egyik tevékenység a pervezetésnek részletes gyakorlata, alkalomadás, felhívás előterjesztésekre. Ide tartozik pl. a kérdés, hogy igaz-e, amit az ellenfél állított, hogy mit tud állításának igazolására felhozni. Néha a kérdés a felesleges előadásoknak útját is bevágja. Ez ügyes kérdéssel a bíró a felet egyenesen a lényeg előadására kényszeríti. A másik irányban a kérdezés célja a felek homályos elő-



adásának, főleg azonban — ami rendszerint figyelmen kívül hagyatik — a bíró homályos felfogásának felvilágosítása. Ezen irányban szólhatunk tulajdonképpen kérdésről, bár az nem nyilvánul mindig egyenesen kérdésekben. Ide tartozik nevezetesen az is, hogy a bíró a felek előadását rekapitulálja és saját felfogását a felek kontrolljának teszi ki.

Mindezekkel nem azt akarom mondani, hogy a szóbeliséggel a zavartalan előadások összeférhetlenek. Ellenkezőleg készségesen elismerem, hogy az ügyvédek ügyességének, jó előadásuknak, megvan a maga hasznuk. Különösen Kölnben volt alkalmam ezt tapasztalni, hol a rajnai francia praxis és iskolázás befolyását szemlélhettem. Láttam, hogy gyakorlott ügyvédek minő világosan adták elő álláspontjukat, hogyan megmagyarázták a bírónak az ügyet, mondhatnám, hogyan tanítottak. Az ily előadás a bíró pervezetését és kérdezését feleslegessé teszi. De azt is láttam, hogy a zavartalan szónoklat nem mindig üdvös. Midőn a kezdő ügyvéd az unalomig magyarázott a bíróság előtt jogi alapfogalmakat, nagyon helyén lett volna egy kissé élénkebb pervezetés. Vagy midőn alperes társasági viszonyból excipiálván, felperes hosszasan kifejtette, hogy alperes nem mondotta meg, hogy minő kvalifikációt ad a tárgyalásnak és azután részletezte, hogy közkereseti társaság nem lehet, de ha volna is stb., hogy betéti nem lehet, de ha volna is stb. ilyenkor a bíró egy közbevágott kérdéssel feleslegessé tehetné volna az egész okoskodást és elérte volna, hogy egy negyedórával előbb kétségtelenné lesz, hogy itt — ami azután alperes viszonylásából tűnt ki — csak csendes társaságról lehet szó.

Mindenesetre és ezt *Nagy* úr előadásának szellemével szemben tartom szükségesnek különösen hangsúlyozni, hamis képet alkotna magának az a szóbeliségről, aki azt szónoki harcnak képzelné, ki azt elválaszthatatlannak tartaná a „hamvas“ perbeszédektől. Sokkal közelebb áll a szóbeliség, és e kép kevésbé is tünteti fel azt előttünk idegenszerűnek, a mi sommás eljárásunkhoz ügyes bíró előtt, ki a jegyzőkönyvet csak a tényállás kiderítése után veszi fel, — vagy hogy a hasonlat külsőleg is találóbb



legyen, — az ideigl. törvk. szab. szerinti sommás eljárás-hoz, amint az szab. kir. Pest város törvényszéke előtt lefolyt.

Már előadásom kezdetén jeleztem, hogy a szóbeliség ily felfogása mellett nem az előkészítő iratok vannak arra hivatva, hogy a per anyagát szolgáltatassák, más szavakkal, hogy az előkészítő iratokban foglaltak nem kötik a felet.

Egy laikus első pillanatra meg fog ütközni azon, hogy ott, hol írásbeli és szóbeli nyilatkozat áll egymással szemben, a szóé legyen az elsőbbség; hisz a közönséges életben úgy gondolkozunk — *verba volant, scripta manent*, — s nagyobb hatást, kötelezőbb erőt tulajdonítunk az írásnak. A szóval megbeszélt szerződésnek írásba foglalt tartalma lesz kötelező. E megütközés azonban el fog oszlani, ha megmagyarázzuk a laikusnak, hogy az előkészítő periratok csak előkészítők, tájékoztatók s hogy azok nem is akarnak szó szoros értelmében vett periratok hanem csak iratok, értesítések lenni. Azt mindenki természetesen fogja találni, hogy akkor, ha az írásban előzetesen folytatott tárgyalások után szóbeli szerződés köttetik, a szó és nem az írás lesz irányadó. Ép oly világos az is hogy akkor, ha a tárgyalás előkészítéseül azt írja majd valaki: az ellenfél ezen állítását beismerem, azaz be fogom majd ismerni, e beismerés még nem bíróság előtti beismerés, azaz nem perbeli cselekmény. Hogy mennyiben tekinthető bíróságon kívüli beismerésnek, azaz bizonyítási oknak, ez más kérdés, melynek eldöntése más körülményektől, nevezetesen a beismerő tudomásától és szándékától függ; mert ha tájékoztatásul azt írom: e pontot, mint lényegtelen az ügy egyszerűsítése végett beismerem, e nyilatkozat nem fogja a bírót a pont valóságáról meggyőzni.

Nincs tehát semmi esztelenség, semmi elvhajszá abban, ha az előkészítő iratokat bíróságon kívüli cselekményeknek tekintjük és ennél fogva nem ruházzuk fel azokat azon erővel, melyet a perbeli cselekményeknek tulajdonítunk. Csak nem akarja talán senki a római jogászokat



elvhajhászoknak bélyegezni, mert az actionis editiót, az actionis postulatiótól igen élesen megkülönböztették, az előbbinek célját Ulpian tanuságaként abban látván „ut sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione, qua conveniatur.“ Ma is talál.

Szükséges-e azonban az előkészítő iratokat ily tisztán előkészítő jelleggel felruházni?

Emmer t. barátom, azon kérdés megoldását, hogy milyen befolyás tulajdoníttassék a per írott anyagának, a szóbelivel szemben, annak felismerésében találja, hogy a szóbeliség terére lépven egyuttal a bizonyítottak és előadottak szabad méltánylásának s a materialis igazságnak, a bíró szabad meggyőződésének terén állunk, s így a kifejelettek, az írott s elmondott peranyag együttes és teljes méltánylása, az összbenyomás lessz a döntő. Nem lehetek e nézetén. A tényállás szolgáltatásának kérdése egészen más kérdés, mint a tényállás bizonyításának kérdése. A szabadbizonyítás elve csak az utóbbira, de nem egyzersmind az előbbire is vonatkozik. Az csak azt hozza magával, hogy a bíró szabadon, azaz törvényes korlátozás nélkül alkothassa meg meggyőződését arról, hogy mely tényállítás tartandó valónak, vagy valótlannak, de nem vonatkozik arra, hogy mely tényállítás van állítva.

Különben a főkérdés nem is az, hogy mi történjék akkor, ha valami másként lett a periratokban és másként a szóbeli tárgyaláson előadva. E kérdés eldöntése egymagában nem rejt magában veszélyt a szóbeliségre. A fő differencia köztünk, vagy ha úgy tetszik a francia és a német birodalmi eljárás között, azon kérdés eldöntésénél mutatkozik, hogy mi történik akkor, ha valami a periratokban elő van adva és a szóbeli tárgyaláson elő nem adatik, vagy akkor, midőn a fél szóbelileg épen nem tárgyal, vagy pedig egyszerűen csak perirataira hivatkozik. Én a periratokban foglalt előadást egyszerűen figyelmen kívül hagyandónak tartom. Az ellenkező eldöntés veszélyeztetli a szóbeliséget, veszélyeztetli az ügy lényegének kiderítését és a bíróságnak az ügy lényegéről való lehető tökéletes információját. Ha szóbeliséget akarunk, *kényszer*



*kell statuálni a szóbeli előadásra*, ellenkező esetben a bíróság és a felek individualis hajlamaitól, szokásaitól és kényelemszeretetétől fog függeni, hogy lesz-e szóbeliségünk vagy nem. Ne hivatkozzék senki a francia eljárásra. Ott a szóbeliség már gyökeret vert, nálunk meg kell még honosítani, és hogy ez mily nehezen megy akkor, ha az írásra súlyt fektetünk, vagy habár csak per abusum is írásbeli előterjesztéseket engedünk szóbeli előadás helyett, ennek élőpéldája a mi sommás eljárásunk, közelmúlt példája a porosz eljárás az ú. n. altpreussisches Verfahren (L. a német bir. perrend jav. ált. ind.)

Egyoldalúság volna azonban, ha a facultativ szóbeliségtől minden előnyt megtagadnánk. Az mindenesetre helyettesítené a zárt ajtók mellett való információt és célszerű berendezés mellett többet is szolgáltatna. Rövidítené a periratok számát és terjedelmét, a különféle okoskodások, a periratok hamva a szóbeli tárgyalásra maradna és ott legalább ártalmatlan volna. Sok incidens kérdés brevi manu elintéztethetnék és a bizonyítás felvételének közvetlensége valamint a szabad bizonyítás rendszere is megvalósítható volna. Persze ez utóbbi valóban csak annyira érvényesülne, a mennyire a közvetlenség és szóbeliség terjed, különben nagyrészt a papíron maradna, a mint ott van jelenlegi perrendünk mellett is. Mert jelenlegi perrendünk korántsem áll oly kevéssé a szabad bizonyítás terén, mint a hogy ezt rendszerint fel szokták venni. Az alaktalan magánokiratok, most már lényegileg a kereskedelmi könyvek, a szemletárgy. s hogy itt említsem, a szakértők véleménye és végül az ugynevezett közvetett bizonyítás szabadon mérlegelhetők a bíró által. Csak a tanúk s a bíróságon kívüli beismerés teljes felszabadítását kívánhatjuk meg. És mégis miért van a gyakorlatban oly kevés tere a bizonyítás szabad mérlegelésének; miért nem következtet a bíró a tárgyalás összeredményéből, holott a perrendtartás 155. §-a megengedi neki a teljesen bebizonyított tényekből vont okszerű következtetést?

Előnye azon rendszernek, mely az írást egymagában figyelembe veszi, a tényállás fixirozásának nagyobb biztosítása. Ámbár a fixirozást csak az oly rendszer biztosítja



teljesen, mely a feleket a teljes írásbeli tárgyalásra kényszeríti. A különbség a végén is nem oly nagy, mert ezen előny az előkészítő iratok rendszere mellett is általában véve eléretik. Az előkészítő iratokban előadottak megváltoztatása a perköltségek viselésének nyomása mellett a ritkaságok közé tartozik. Pótlásokat és kihagyásokat pedig, azt hiszem, senki sem akar absolute eltiltani. Ahol az előkészítő iratok megváltoztatása előfordul, ott az többnyire a materiális igazság kiderítésére szükséges is, és ott annak eltiltása a formalismust vezetné győzelemre.

A tényállás írásbeli fixirozása mindenesetre a szóbeliség egyik legnehezebb kérdése. Szükséges a fixirozás azért, mert a bíróság az ítéletet gyakran csak bővebb megfontolás után hozza meg, mert a fellebbezési tárgyalás az elsőbíróság előtt lefolyt tárgyaláshoz csatlakozik, és mert a revisió, melyet nézelem szerint harmadfokú perorvoslatként kell statuálnunk, a megállapított tényállást egyenesen előfeltételezi. Jelentőséggel bír az a tárgyalás folytatásának elhalasztása esetében is.

A mód, a mely a tényállás írásba foglalására legközelebb jelentkezik, a jegyzőkönyv felvétel. Ez azonban hosszadalmas s veszélyezteteti a szóbeliséget, mert a tárgyalás főcélja csakhamar a jegyzőkönyv lesz.

A német birodalmi perrend a tényállást az ítéletben rendeli megállapíttatni. E megállapításnak bár nem egyenlő erejű segédeszközei a törvényszék előtti eljárásban a kereseti kérelem és ellenkérelem írásba foglalása, a tárgyalási jegyzőkönyv, melybe bizonyos körülmények hivatalból illetőleg kérelemre felveendők, vagy mellékletek útján megállapítandók, a bizonyítási végzés, melynek a bizonyítási tételt tartalmaznia kell, bizonyos tekintetben a közbenszóló ítéletek, melyekkel a tényállás egy része előzetesen megállapíttatik, az előkészítő periratok és végül a bírák, többnyire az előlülő és előadó jegyzetei, illetőleg a bírák emlékezete. Röviden a jkv., előkészítő perirat, feljegyzés. A gyakorlatban többnyire az előkészítő periratok s a magánfeljegyzések s több helyen a „Festellung durch Anlage“ képezik az ítélet tényállás fő támaszát. A praxis egyébiránt különböző. Nagyjában a segédeszközök kielégítőek, bár



épen e tárgyban elég sok a panasz. Némelyek a bírák haladó gyakorlottságától, mások a jegyzőkönyvhöz való megállapítás bővebb alkalmazásától várnak orvoslást s ez utóbbit javasolja a nyolcadik német ügyvédgyűlés is. A tényállítási kiigazítási eljárás meglehetősen meddőnek bizonyult. Nem is tehető fel, hogy a bíróság, mely a tárgyalás befejezése után 4—8 nappal legjobb tudomása szerint állapította meg a tényállást, azt a további 8—14 nap múlva elhomályosult emlékezetéből kiigazítani fogja. Ezért és más okból is az eljárás ritkán is vétetik alkalmazásba. Én a törvényszéki eljárásban a jegyzőkönyvhöz mellékletek útján való megállapításnak akarnék kissé nagyobb tért engedni és elrendelném, hogy az ítélet csak a tényállás írásba foglalása, felolvasása és esetleg kiigazítása után legyen rendszerint kihirdethető, miután a tényállás többnyire nagyobb részt az előkészítő periratokban és jegyzőkönyv mellett már írásba van foglalva, az ítélet nyomban való kihirdetését sem akadályozná. Különben a nyomban való kihirdetés mellett csak a felek kíváncsisága hozható fel, a lényeges csak a tanácskozás közvetlensége. A törvényszékek előtti eljárásban jobb expediens alig kínálkozik. A kvaliték rendszerét nem tartom hozzánk átültethetőnek.

Az egyes bíróságok előtt, hol a tényállás utólagos kiigazítása még kevésbé practicabilis, a mi sommás eljárásunk jegyzőkönyvezésének megtartását nem tekinténém szerencsétlenségnek. Akár a bíró a tárgyalás berekesztése után nyomban, akár az ítélet meghozatala után írja vagy irassa is le a tényállást, ez ugyanannyi idejébe kerül. A jegyzőkönyv a szóbeli fellebbezési tárgyalás és a novák megengedettsége mellett rövidebb lehetne, a fő dolog csak az lévén, hogy valótlanságok ne írássanak bele. Én mégis helyesebbnek tartanám, ha ezen eljárásban a jegyzőkönyvezés, de az ítéleti tényállás felvétele is mellőztetnék. Persze, ekkor az első bírósági ítélet indokaiban előforduló tényállás sem bizonyíthatna a fellebbezési eljárásban. Ez egyebek mellett biztosítaná az egyes bírósági eljárás szóbeliségét és felesleges munkától ki-



mélné meg a bírót azon számos esetekben, melyekben fellebbezés nem történt.

Miután ekként némileg megismertettem elvi álláspontomat, melyet a napirenden levő kérdésben elfoglalok, szabadjon az előttem szóló tagtársunk példája után indulva, néhány szóval az eljárásnak, melyben én a szóbeliséget megvalósítandónak vélném, menetét vázolni. Ez persze csak annyiban tartozik a szóbeliség discussiójához, amennyiben az eljárás alakítására a szóbeliség is befolyással bír. Csak a törvényszék előtti eljárás némely, jellemző pontjára szorítkozom, nem minden aggodalom nélkül, hogy e vázlatos bemutatás, eszméim érvényesülésének nem lesz épen előnyére.

Az idézőlevelet felperesi ügyvéd szerkeszti s miután a tárgyalási naplóba való bevezetés végett a tanácsjegyzőnél bejelentette, a végrehajtó iroda közvetítésével az ellenfélnek kézbesített. Felperesi ügyvéd tűzi ki rendszert a perfelvételi határnapot is a törvényszék által megállapított rendes perfelvételi napok egyikére úgy, hogy a perfelvételi határnap a kézbesítéstől számított, a távolság szerint 8—10—15 napra essék. Ez idézőlevél tisztán előkészítő jelleggel bír és mint ilyen, alperessel a keresetileg érvényesítendő jogot és annak igazolására szolgáló tényeket és bizonyítékokat közli. A perfelvételi határnapon felperes az idéző levélből vagy egy külön iratból (mert az idéző levélben közölt keresethez nincs kötve) felolvassa keresetét, melynek lényeges tartalmát az érvényesíteni kívánt jog és a kérelem előadása képezi. Erre alperes előadhatja netaláni pergátló kifogásait, melyek lehetőleg nyomban elintéztetnek. Ilyenek hiányában vagy elutasításuk esetében felolvassa ellenkérelmét. Úgy a kereset, valamint az ellenkérelem a bíróságnál írásban leteendőek. Ha a per a perfelvételi határnapon meg nem jelenés alapján hozott ítélettel, pergátló kifogás folytán történt beszüntetéssel, elismeréssel, egyességgel vagy lemondással el nem intéztetik, a bíróság az érdemleges tárgyalásra egy rendszert 30 napra eső határnapot tűz ki. (Ha a felek készek



és van idő, rögtön is lehet tárgyalni és sürgős ügyekben rövidebb határnap tűzhető.) A tárgyalási időközben válnak az előkészítő periratok, melyek a bíróságnál is leteendők. Felperes a tárgyalást rendszerint már idézőlevelében előkészítette. Alperes arra a tárgyalási időköz első két harmadában tartozik nyilatkozni. További új tényállítások, bizonyítékok és kérelmek az ellenfél ügyvédjével idejekorán, azaz oly időben közlendők, hogy az magát még a tárgyalás előtt informáltathassa. Az előkészítés elmulasztásának sanctiója a költség-megtérítés, ha tudniillik e miatt a tárgyalás elhalasztása válik szükségessé. Ezután következik az érdemleges szóbeli tárgyalás, természetesen kötelező erejű bizonyítási ítélet nélkül. A meg nem jelenés következménye: a perfelvételi határnapon felperesre nézve az idézés föloldása és költségmegtérítés, alperesre nézve marasztalás az idézőlevéllel közölt kereseti kérelem értelmében, mely ellen ellentmondásnak, oppositiónak van helye; az érdemleges tárgyaláson mindkét félre nézve érdemleges ítélet a megtartott szóbeli tárgyalás alapján. Ez utóbbi esetben a mulasztás általános következménye, tudniillik a *praeclusio* mellett, a mulasztó féllel előzetesen közölt szóbeli tényállítások beismerteknek tekintendők, ami az érdemleges tárgyalás folytatásának elmulasztása esetében olyképp alkalmazandó, hogy a korábbi tárgyalások eredménye, amennyiben az a jegyzőkönyvben, vagy a jegyzőkönyvhöz meg van állapítva, vagy amennyiben a bíróság által egyébként megállapítható, figyelembe vétetik. Az érdemleges tárgyalás elmulasztása esetében igazolásnak és fellebbezésnek helye nincs.

Az eljárás, amint e vázlatból kitűnik, két fő szakra oszlik: úgymint a perfelvétel és az érdemleges tárgyalás szakára. E *caesura*, mely a *classicus* római pernek kiváló jellemvonását képezi, az újabb törvényhozási munkálatok közül különösen az osztrák javaslatban található föl. Új ez utóbbival szemben a perfelvételi határnap rövidegsége mellett az idézésnek tisztán előkészítő jellege, a perfelvételi határnapnak felperes általi kitűzése és az érdemleges tárgyalás előkészítésének a perfelvétel és a tárgyalás közé utalása.



Az előnyök, melyek e perszervezettől várhatók, a következők: A rövid perfelvételi határnap, melynek rövidségét a felperes által való kitűzés biztosítja, lehetségessé teszi, hogy felperes gyorsan nyerjen makacssági ítéletet, teljes vagy részben való elismerést, e mellett alperest kényszeríti, hogy idejekorán valljon ügyvédet, ki azután az érdemleges tárgyalás alkalmával már nem mentheti magát azzal, hogy felétől az utolsó pillanatban kapta a megbízást és így a tárgyalásra sem maga el nem készülhetett, sem azt elő nem készíthette, ami Németországban, hol az első terminus a törvényes 1 hó helyett gyakran 3 óra tűzetik ki, sokszor előfordul. A bíróságra előny, hogy az üggyel a tárgyalási naplóba való bevezetéstől eltekintve nem kell foglalkoznia. A perfelvételi napoknak tárgyalásokkal való túltömöttségétől pedig nem kell tartanunk, mert a perfelvételi tárgyalás anyagának korlátozottsága mellett egy ülésben 40—60 ügy könnyen elintézhető, annyival inkább, mert alperes, ki pergátló kifogásaival halasztást nem érhet el, ilyenekkel csak a legritkább esetben fog élni. (A bíróság a pergátló kifogások feletti tárgyalás elhalasztása esetében az érdemleges tárgyalást kitűzheti.) A per kettéosztásának nagy előnye, hogy az első tárgyaláson az érdemleges ügyek a többiek közül kiválasztatván, a bíróság egyenletes elfoglaltatásáról, a munka beosztásáról gondoskodhatik. Nem fog, vagy legalább nem oly gyakran fog előfordulni, hogy a bíróság egyik napon a kitűzött 10 tárgyalással fél óra alatt elkészül, míg a másik napon csak néhány ügyet tud végezni, a többieket pedig kénytelen elhalasztani. Ilyen vagy hasonló esetek Németországban napirenden vannak. E kettéosztás megközelíti a rôle rendszer előnyeit, annak hátrányai nélkül. Az előkészítő iratok váltásának a perfelvétel és az érdemleges tárgyalás közé utalása feleslegessé teszi az előkészítést, makacsság, beismerés, egyesség, kölcsönös elállás stb. esetében, és a bíróság teendőit is csökkenti, mert az elnököt, és ha az elnök támogatására előadó rendeltetik, ezt is mindezen esetekben felmenti az előkészítő iratok vagy legalább a kereset tanulmányozásától.



Messze vezetne az előadott vázlatot még egyebekben indokolni és még messzebb a napirenden levő tárgyat csak megközelítőleg is kimeríteni.

Egy perrend sorsa mindenesetre nem csak annakbetűitől, hanem azok egyéniségétől is függ, kik hivatva vannak annak életet adni, a bíraktól és hozzá kell tenem, az ügyvédektől is. Azonban a törvényhozó nem vígasztalhatja magát a bírák jóságával, a mondás, hogy jobb a rossz törvény jó bírákkal, mint a jó törvény rossz bírákkal, nem az ő vígasztalására lett megírva. Neki és azoknak, kik mint mi, föladatait elő akarjuk készíteni, a legjobb elveket gondosan, minden oldalról egybevigó módon kell igyekezni megvalósítani. Ezzel azonban nézetem szerint még nem tett eleget feladatának. A legjobb törvény, pláne egy perrend, mely oly sokat kénytelen a bíróság és felek dispositiójára bízni, elfajul, ha nincs meg kellő környezete. És e környezet között, hogy egy igen prózai dologgal fejezzem be előadásomat, nem utolsó helyet foglal el egy jó költség-törvény. Ha az ügyvéd, hogy itt egyre kérjem fel különös figyelmüket, ami még érintve sem lett, nem a teljesített munkának terjedelme, a periratok hossza, a tárgyalások száma stb. szerint díjaztatik, hanem taksája a per értéke szerint átalányban van megállapítva, akkor nevezetesen a halasztás nem csak hogy nem lesz érdekében, hanem egyenesen érdeke ellen. Pedig a tárgyalás eldarabolása, a halasztás, egyike a szóbeliség legnagyobb ellenségeinek.



#### IV.

### A POLGÁRI PER SZERKEZETE AZ ÚJ PERRENDTARTÁSBAN\*

Tisztelt Teljes-ülés !

A felperes a bíróság előtt előadja a követelését a jelenlevő alperes ellen, az alperes előadja ellenkérelmét. Ezután következik a vitás követelés létezésének vagy nem létezésének megvizsgálása és eldöntése. Ha az alperes a bíróság előtt az alkalmas időben nincs jelen, az egész eljárást még megelőzi az alperesnek a bíróság elé állítása.

Ez a polgári per typusának, amelyben, vagy helyesebben, amelynek tárgyán a magánérdek uralkodik, a vázlata, szervezete.

Ebből a szervezetből nő ki az új perrendtartás általános pere.

A per két főszakra oszlik, u. m. a perfelvétel és az érdemleges tárgyalás szakára. *Constitutio iudicii* és *iudicium*. A perfelvételt rendszerint, de nem mindig, megelőzi az idézés.

Nem szükséges az idézés, éppen úgy, mint a mai sommás eljárásban akkor, ha a felek a járásbírótság előtt rendes törvénytapon közös akarattal megjelennek ügyük tárgyalása végett. Elmarad továbbá a perre való idézés az új törvény szerint is akkor, ha a hitelező ellenfelét

\*) A Magyar Jogászegylet 1911 évi február 11-én megtartott teljes-ülésén elő adta dr. Plósz Sándor.

Közzétételt a Magyar Jogászegyleti Értekezések új folyama II. kötetének 1911 évi február havában kiadott 14. füzetében.



egyezségi kísérletre idézi a járásbiróság elé és az egyezés nem sikerülte esetében perre fordítja a dolgot és a megjelent alperes ellen előadja keresetét.

Nem a megindított perre történik továbbá az idézés ma sem, ha a felperes a tárgyaláson más keresetet ad elő, mint amelynek tárgyalására az alperes meg volt idézve.

Nem előzi meg idézés végül ma sem a viszontkeresetet, amihez az új törvény szerint még az az eset járul, amidőn a telperes az eljárás folyamában indít az alperes ellen új keresetet.

Ha visszapillantunk az idézésnek felette érdekes és tanulságos történetére, azt látjuk, hogy annak eredeti célja a perfelvétel előkészítése. Az alperest a bíróság elé kell állítani, hogy ott vele szemben szóval elő lehessen adni a peralapítás első és irányadó cselekményét, a keresetet. Utóbb hozzákapcsolódik az idézéshez a keresetnek előleges tájékoztató közlése, az *actionis editio*, amely, amint Ulpianus mondja, *aequissimum videtur, ut proinde sciat reus utrum cedere an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione qua conveniatur*. Amint látjuk, egészen modern előkészítő cselekmény. A keresetnek irányadó előadása azonban emellett is a bíróság előtt a tárgyaláson történik (*postulatio, impetratio*). Így marad ez a római jogban végig. A justinianusi *per libellusa*, amelynek közlésével a bíró az alperest *executor* által megidézteti, még nem kereset, csak előkészítő irat. És így marad ez a középkorban is, ahol a *german bannitio* — bírói megjelenési parancs — útján való idézés alapján képződnek változó idézési alakok.

A keresetet *litis contestatio* végett, mindig a bíróság előtti tárgyaláson adják elő. *Peto litem contestando*, mire az alperes *nego litem contestando*val válaszol, amint azt a *Durantis* formulájában találjuk.<sup>12</sup> Hogy rövid legyek, a keresetnek mint peralapítási cselekménynek az *actionis editió*val, azaz az idézés végetti közléssel való egygyé forrása az írásbeliség kapcsán történik. Az eljárás előbb *libellus* vagy *supplicatio citationissal* kezdődik, a *formalis*



actiót pedig a felperes csak a határnapon adja elő, előbb szóval és írásban, majd csak írásban. Utóbb az eljárás rövidítése végett, nehogy az alperes halasztlást vehessen igénybe, a felperes a libellus actionist hozzácsatolja a libellus citationishoz, majd egybeolvasztja vele.

Az eljárás most már a keresetnek, mint peralapítási cselekménynek, extrajudicialis előadásával, beadásával kezdődik, amelyben az idézés kérése csak mint egy történeti reminiscentia marad még divatban, amely jelentőséggel már nem bír, mert hisz a bíróság úgy is tudja, hogy mit kelljen a keresettel csinálnia. Az idézés többé nem perelőkészítő cselekmény, hanem a peralapításnak alkotó részévé válik; az már magának a keresetnek közlése és alkalomadás az arra való nyilatkozásra. A keresetnek az első határnapon való bemutatása most már csak az iratok kiegészítése végett történik. A pert az alperes ex paribus is felveheti. De ez a formalitás is elmarad, ha a bíróság a kereset első példányát megtartja, vagy mint nálunk, a pertárba dirigálja. Anomália, a szóbeliségnek nem indokolható maradványa, hogy a felperesnek az első határnapon érdemleges hátrány terhe mellett meg kell jelenie, holott neki ott voltaképpen semmi dolga.

Az új törvény visszaállítja az idézés előkészítő jellegét. Az eljárás az actionis editióval kezdődik, amelyet a törvény keresetlevélnek nevez. Írásban kell beadni, a járásbíró előtt azonban jegyzőkönyvbe is lehet mondani. Lényeges jellemző tartalma, a perfelvételi határnapon előadandó kereset közlése. Emellett elő kell adni azokat az adatokat, valamint ezeknek szükséges okirati bizonyítékait is, amelyek már az idézés kibocsátásánál figyelembeveendő körülmények megállapítására szolgálnak, amilyen nevezetesen a hatáskör és illetékesség is. Ezenfelül a keresetlevél az érdemleges tárgyalás előkészítésére is szolgál és e végből a kereset tényalapját és ennek bizonyítékait is tartalmazza. Külön idézési kérelem előadása nem szükséges, a törvény azonban a bíróság tehermentesítése végett kívánatosnak tartja, hogy a fél az idézési végzésnek megfelelő számú példányát csatolja a keresetlevélhez, anélkül, hogy ezt az óhaját egyébbel, mint a



félnek a gyors elintézésen való érdekével sanctionálná.

Ha a keresetlevélnek természetét az új törvény szerint közelebbről szemügyre vesszük, azt látjuk, hogy az a perfelvételhez, sőt az érdemleges tárgyaláshoz is viszonyítva előkészítő irat. Mint ilyennek kellékei egytől-egyig nem lényegesek. A kereset a perfelvételi határnapon előkészítés nélkül is előadható, a felperes nevezetesen a közölt keresettől eltérő egészen más keresetet is előadhat, a felperes továbbá a perfelvételi határnapon is pótolhatja a perelőfeltételekre nézve szükséges adatok előterjesztését. Az érdemleges tárgyalás előkészítése pedig a perfelvétel után is megtörténhetik (194. §.), sőt a kereset megalapítására szolgáló tények és ezek bizonyítékai az érdemleges tárgyaláson minden előkészítés nélkül is előadhatók. A keresetlevélnek mint előkészítő iratnak hiányai csak az előkészítés hiányának általános hátrányát vonják maguk után, t. i. az esetleges halasztást és az ezzel járó költség viselését, az alperes meg nem jelenése esetén pedig ezenfelül az ítélet megtagadását. A keresetlevél azonban nem csak előkészítő irat, hanem egyszersmind az idéző végzés kibocsátásának alapja és mint ilyennek vannak kellékei, a melyek lényegesek, a melyek hiányában az, a mint a törvény mondja (140. §.), az idézés kibocsátására nem alkalmas, hanem a kijavítás megkísérlése után, vagy e nélkül visszautasítandó. Az itt vázolt irányzatokban a keresetlevél természete hasonló a fellebbezés természetéhez. A fellebbezésnek tartalmi kellékei is, nevezetesen a fellebbezett ítélet megjelölése és a fellebbezés kijelentése csak a szóbeli tárgyalás kitűzése szempontjából lényegesek, de a szóbeli tárgyaláson már nem jönnek tekintetbe. (S. E. 144. §. új prts 481. és 490. §.)

Azt lehetne talán kérdezni, hogy miért nevezi a törvény a keresetlevelet keresetlevélnek, holott nem az, hanem csak a kereset előzetes bejelentése. Erre azt válaszolhatjuk, hogy a törvény külsőségekben respectálja a traditiót, éppen olyan joggal vagy éppen olyan hibásan, mint ahogy a fellebbezést fellebbezésnek nevezi, holott az nem az, hanem csak a fellebbezés bejelentése, sőt a fellebbezésnél az elnevezés még kevésbé szabatos,



mert a fellebbezés, ha nyilvános előadással intézik el, valóban fellebbezés.

Annyi bizonyos, hogy az új törvény a keresetlevélnek előkészítő jellegét tisztán, hamisítatlanul juttatja érvényre, nem úgy, mint akár a német vagy az osztrák prts, akár a mi sommás eljárási törvényünk, amelyek szerint a keresetlevél majd előkészítő cselekmény, majd maga a kereset. Így nevezetesen a S. E. szerint a keresetlevél annyiban csak előkészítő cselekmény, amennyiben az a felperest nem menti fel attól, hogy a keresetét a szóbeli tárgyaláson mulasztás terhe alatt elő ne adja, ellenben a keresetlevél már peralapító cselekmény, valóságos kereset annyiban, amennyiben ha a felperes a tárgyalásra meg nem jelenik, vagy megjelenik ugyan, de keresetét szóval elő nem adja, a keresetlevélben előadott keresetével érdemben elutasítható; sőt a felperes a pert esetleg meg is nyerheti. A legkülönösebb pedig a dologban az, hogy ilyenkor a keresetnek még a tényekre vonatkozó, nyilván csak előkészítő tartalma is, a szóbeli tárgyaláson előadottnak tekintetik. Megjegyzem, hogy a sommás törvény eredeti javaslatában a keresetlevélnek előkészítő jellege egészen világosan ki volt domborítva. Ami S. E. álláspontjával lényegileg azonos az osztrák prtsé, míg a németé valamivel kevésbbé következetlen, de a meg nem jelent felperes keresetével érdemileg itt is elutasítható.

Ha a felek a bíróság színe előtt alkalmas időben együtt jelen vannak, megkezdődik a perfelvétel.

A perfelvételnek két lényeges, elengedhetetlen cselekménye van, t. i. a kereset előadása és az ellenkérelem. E két cselekmény nélkül nincs judicium, azaz érdemleges tárgyalás. Nincs eljárás, amelynek célja, hogy a bíróság a követelés létezéséről és érvényesíthetőségéről vagy nem létezéséről illetőleg nem érvényesíthetőségéről meggyőződjék és ítéljen. Természetes következménye ez annak, hogy a felek a per tárgyáról rendelkeznek, hogy a perben mint a perbevitt jogra nézve egyedül érdekeltnek szepelnek.

Az ilyen perben valóságos erőpazarlás volna, ha az állam a felek akaratán túlmenőleg belebocsátkoznék az



ügy megvizsgálásába és a fél jogos érdekének megítélésébe. Így van ez különben nagyban és egészben mai jogunk szerint is. Az új törvény, amely az érdemleges tárgyalást élesebben elkülöníti a perfelvételtől, ezt a gondolatot csak inkább kidomborítja és részben következetesebben valósítja meg.

Nincs érdemleges tárgyalás a követelés elismerése, a követelésről való lemondás és egyezség esetében. Mind a három cselekmény azonnal megszünteti a már folyamatban lévő érdemleges tárgyalást is. A két előbbi esetében a bíróság ugyan kérelemre ítéletet hoz, ez az ítélet azonban, eltekintve az elismerés vagy lemondás érvényességének megítélésétől, nem a bíróság ítélő tevékenységének nyilvánulása, hanem acceptálása a fél ítéletének hasonlóan, mint ahogy az esküdtbíróság magáévá teszi az esküdtek verdictjét. Az egyezséget ellenben a törvény szerint a bíróság ezentúl is csak végzéssel veszi tudomásul, de csak akkor, ha, amint a törvény mondja, nincs akadálya.

A törvény különben mind a három cselekményt teljesen perbeli hatállyal ruházza fel. Nevezetesen a bírói egyezséget is, amely ellen, habár bizonyos korlátozással perújítást enged. Ezzel meg fog szünni az az anomália, amely ma fennáll. Amíg ugyanis a nov. 50. §-a az egyezség ellen semmiségi keresetet enged, tehát egy sorba helyezi azt az ítélettel, addig a gyakorlat azt lényegileg magánjogi egyezségnek tekinti, amely keresettel éppen úgy megtámadható, mint a bíróságon kívüli egyezség. Pedig ebből az álláspontból az következne, hogy a bírói egyezséget is 32 évig meg lehet támadni a képviselő hiányából, amely alapon a magánjogi egyezség is megtámadható, sőt megtámadás nélkül is semmis. Elismerem azonban, hogy a gyakorlat megfelel az élet szükségletének és orvosolja a helytelen törvényt.

Nincs érdemleges tárgyalás a perfelvételi határnap elmulasztása esetében sem. Ha a felperes mulasztja el a perfelvételi határnapot, akkor a kereset felett érdemileg egyáltalában nem lehet határozni, hanem a bíróság az alperes kérelmére csak az idézést oldja fel végzéssel és



a felperest a felmerült költségekben marasztalja, ha eziránt még jogerős határozatot nem hoztak, amely utóbbi eset akkor fordulhat elő, mint pl. ha az elsőbíróság helyt ad az alperes pergátló kifogásának, a másodbíróság pedig végleg elveti azt és az alperest a költségben marasztalja.

A felperesi contumaciának ez a szabályozása, abban az esetben, ha a felperes a perfelvételi határnapot keresetének perfelvétel végett való előadása előtt mulasztja el, már abból következik, hogy a kereset szóbeli előadása előtt még nincs is kereset, azt tehát el sem lehet utasítani, mert hiszen az idézéssel közölt keresetlevél csak előkészítő irat.

A törvény azonban tovább megy. A mulasztásnak ugyanez a hátránya van akkor is, ha a felperes keresetét perfelvétel végett már előadta és az alperes ellenkérelmének előadása előtt kitűzött újabb perfelvételi határnapon nem jelenik meg. Ebben az esetben az előbb említett indok már nem talál. A törvénynek nem is ez a vezérlő gondolata, hanem az, hogy a felperes az alperesnek perbebocsátkozása előtt keresetéhez nincs kötve, azt nemcsak megváltoztathatja, hanem attól egyoldalúan egészen el is állhat. A felperes mulasztásának bizonyára legtermészetesebb értelmezése az, hogy ő az eljárást nem akarja folytatni. És a felperesi mulasztás következményének ilyen szabályozását az alperesre nézve sem találhatjuk sérelmesnek, mihelyt nem találunk reá nézve sérelmet abban, hogy a felperes az alperes perbebocsátkozása előtt az eljárástól egyoldalúan elállhat.

A törvénynek vezérlő gondolata egyébiránt világosan kitűnik abból, hogy a keresettől való egyoldalu elállásnak és a perfelvételi határnap elmulasztásának következményeit egészen analog szabályozza (186. és 439. §§.). Nevezetesen mind a két esetben egyformán gondoskodik az alperes méltányos érdekéről is. Egyrésztől az által, hogy abban az esetben, ha a felperes a pert újra megindítja illetőleg mulasztása esetében csak az idézés ismétlését is kéri, az alperesnek jogot ad arra, hogy a perfelvételt mindaddig megtagadhassa, amíg a felperes az abban-hagyott eljárás megállapított költségét meg nem téríti,



másrészről pedig az által, hogy az alperesnek megengedi, hogy a perfelvételi határnapon érdekének minden igazolása nélkül a felperes ellen negatív megállapítási keresetet indítson.

A perfelvétel előtt nincs érdemleges tárgyalás akkor sem, ha a perfelvételi határnapot az alperes mulasztja el. Ez a tétel már nem látszik olyan egyszerűnek.

A törvény 440. §-a szerint ugyanis: ha a perfelvételi határnapot az alperes mulasztja el, őt a felperes kérelmére a kereseti kérelemhez képest ítélettel el kell marasztalni.

Ez a következmény azonban a 443. §. szerint elmarad, ha a kereseti kérelem a közölt kereset tartalma szerint nincs megalapítva. Azaz más szavakkal a bíróság, amint látszik, a keresetet érdemlegesen megvizsgálja, a kereseti tényekre alkalmazza a jogszabályt és ez alapon ítéletet mond.

És mégis nincs érdemleges tárgyalás.

Hogy formailag nincs érdemleges tárgyalás, ez kétségtelen. A törvény 191. §-a szerint a bíróság csak az alperes érdemleges ellenkérelmének előterjesztése után tűz ki érdemleges tárgyalást, illetőleg tartja meg azt és csak akkor, ha az ügy a perfelvételi tárgyaláson mulasztás, elismerés, elállás, lemondás alapján hozott határozattal stb. el nem intézhető.

Kérdés azonban, hogy mégis lényegileg nincs-e az alperes mulasztása esetében érdemleges tárgyalás, judicium.

Lássuk miben különbözik ez a contumacialis eljárás az érdemleges eljárástól.

Mindenekelőtt abban, hogy amíg az érdemleges tárgyalás alapján a bíróság a jog létezése vagy nem létezése felett ítélt, addig ebben a contumacialis eljárásban a bíróság a jog nem létezését sohasem állapíthatja meg ítéletében, hanem legfeljebb csak elutasíthatja, megtagadhatja a felperesnek a contumacialis ítélet meghozatala iránt előadott kérelmét. Teszi ezt, ha a kérelem teljesítésének feltételei hiányzanak és teszi végzéssel, amely a per tárgyára nézve sohasem emelkedik jogerőre, sőt a megindított pert sem szünteti meg, annak folytatását sem



zárja ki, kivéve természetesen azt az esetet, amidőn a pernek valamely hivatalból figyelembe veendő akadálya állapítható meg, amikor a bíróság permegszüntető végzést hoz (443. §.).

A bíróság tehát alperes mulasztása esetében nem a kereset felől, hanem a mulasztási ítélet kérése felől határoz.

A másik különbség az, hogy míg az érdemleges tárgyalás esetében a bíróság a megállapított tényekre a jogszabály alkalmazásával ítél, rekonstruálja a jogot, addig a mulasztási eljárásban a bíróság csak a mulasztási ítéleti kérelemnek processualis feltételeit vizsgálja, ellenben a jog létezése felőli meggyőződését nem nyilvánítja, a magánjogi tényállást nem állapítja meg, hanem az ítéletét lényegileg a felperes jogállítására és az alperes mulasztására alapítja. A törvény szerint is (440. §.) az ítélet indokolásául elég azt mulasztási ítéletként megjelölni.

Az a felfogás, hogy a bíróság ítéletét a felperes jogállítására alapítja, vagy még helyesebben, hogy a felperes jogállítását fogadja el, hogy reá áll a felperes álláspontjára, azt magáévá teszi, kifejezést nyer a törvény 440. §-ának ama rendelkezésében, hogy az alperest mulasztása esetében a kereseti kérelemhez képest ítélettel el kell marasztalni. Ez a szabály. Ellenben az a körülmény, hogy a kereseti kérelem „a közölt kereset tartalma szerint nincs megalapítva“, a 443. §. szerint csupán a mulasztási ítéleti kérelem teljesítésének egyik akadályaként van felemlítve, mint kivétel a szabály alól. Még világosabban kifejezésre juttatta a törvénynek ezt a gondolatát a javaslat szövege, amely szerint egyrészt a 440. §-ban ki volt mondva, hogy az alperest a kereseti *jogállításhoz* és kérelemhez képest kell marasztalni, másrészt pedig a 443. §-ban az ítélet iránti kérelem teljesítésének akadályául az volt meg szabva, hogy: „ha a kereseti kérelem a közölt kereset tartalma szerint meg nem állhat“. Az eredeti szöveg csak az absurd keresetet nem honorálta, az új már a meg nem alapítottat sem. A módosítás, amelyet az igazságügyi bizottságban én indítványoztam, mindazonáltal nem érinti a dolog lényegét. Mind a két szöveg megkíván bizonyos,



habár korlátolt *causae cognitione*t, csakhogy a törvény szövege, valamivel többet mint a javaslaté. Az utóbbi a valószínűtlenség vizsgálatát, az előbbi pedig valamelyes valószínűség vizsgálatát rendeli. Mind a két vizsgálat nem a bíróságnak a követelés fennállásáról való meggyőződéséhez szükséges, hanem a mulasztás következményének beálltához, quia, amint Papinianus (fr. 50. D. 15,1) mondja, *non fraudationis causa latitat, qui si iudicium acciperet, absolvi deberet*. Ez a vizsgálat hasonló ahhoz, mint amidőn a bíró megvizsgálja a váltókeresetet abból a szempontból, hogy a fizetési meghagyást kibocsáthatja-e, vagy midőn megvizsgálja a közjegyzői okirat tartalmát a végrehajtás elrendelhetése végett, vagy általában bármely végrehajtási kérvényt ugyanebből a célból. A vizsgálat mindenütt nem azért történik, hogy a bíróság a jog létezéséről vagy nem létezéséről meggyőződjék, ítéletet alkosson magának, hanem azért, hogy megállapítsa azoknak a feltételeknek fennállását, amelyekről a hitelezőnek ezekhez az eljárásokhoz való joga függ.

Szabadjon itt még azt megemlítenem, hogy miért indítványoztam én az eredeti szöveg módosítását.

Két okból. Először is aggályom volt az eredeti szöveg kezelhetőségére nézve. A *felperes pl.* azt állítja keresetében, hogy felesége neki ingatlant ajándékozott, de nem mondja, hogy az ajándékozás közjegyzői okirattal történt. Megállhat-e ilyenkor a kérelem a kereset tartalma szerint? Az ilyen esetben és általában a kereset ténybeli megalapításának hiányossága esetében a gyakorlatban kétségek merülhettek volna fel. Másodszor, jobbnak láttam, ha az *alperes*t valamivel erősebben védjük és ha őt nem kényszerítjük arra, hogy a megokoltnak nem mutatózó keresetre a marasztalás súlyos következménye alatt megjelenjen. Nem akartam az *alperes* helyzetét a mai joggal szemben súlyosabbá tenni.

Joggal meg lehet követelni, hogy a *felperes* követelését legalább a saját előadásával plausibilissá tegye. Hiszen kötelessége keresetében az érdemleges tárgyalást is előkészíteni.

Azzal a tételünkkel, hogy a perfelvétel körüli mu-



lasztás esetében nincs érdemleges tárgyalás, a legszebb összhangban áll a törvénynek a S. E.-al megegyező az a rendelkezése is, hogy a mulasztási ítélet megfellebbezése esetében a felső bíró előtt nincs novum iudicium, vagyis hogy a iudicium nem nyílik meg újból és nem folytatódik, mert hiszen nincs amit újból meg lehetne nyitni és folytatni. A fellebbezés csak arra szorítkozhatik, hogy a mulasztási ítélet mint olyan helyesen volt-e meghozva vagy nem.

Meg kell itt még jegyeznem, hogy a törvény azt az alapgondolatát, hogy ellenkérelem nélkül nincs érdemleges tárgyalás, abban az esetben is következetesen megvalósítja, ha az alperes a keresetre csak részben nem nyilatkozik. Ilyenkor a bíróság a kereset ama része értelmében, amelyre az alperes nem nyilatkozott, a felperes kérelmére mulasztási részítéletet hoz (440. §.). Ez a szabályozás az alperesre nézve éppenséggel nem méltánytalan, mert a bíróság általában gondoskodni köteles arról, hogy a felek a szükséges kérelmeket és nyilatkozatokat megtegyék (225. §.) és az alperes mulasztását még a részítélet kérése után is pótolhatja (437. §.).

Amint ezekből látjuk, az új törvény az alperes perbeocsátkozása előtti mulasztási eljárást élesen megkülönbözteti az érdemleges tárgyalástól. A mulasztási eljárás célja a mulasztó felperessel szemben, hogy az alperes az idézésnek következményei alól, ideértve a költségeket is, felmenttessék, a mulasztó alperessel szemben pedig, hogy a felperesnek a joga az alperes által el nem vállalt iudicium nélkül is megvalósíttassék.

Az új törvény mulasztási eljárása hasonló a classicus római jogéhoz. Csak modernizálva van. A mulasztó alperessel szemben a felperesen nem missio in bonával segítünk, hanem vitatlan jogát ítélettel állapítjuk meg, a végrehajtási alapot adjuk meg neki, sőt valamivel többet is, t. i. a jogerőre képes megállapítást. A modern jogok közül legközelebb állunk a francia joghoz.

Azt is mondhatjuk, hogy ha a per nem sikerül, lesz belőle fizetési meghagyásos eljárás, aminthogy ha a fizetési meghagyásos eljárás nem sikerül, lesz belőle per.

Amint a fizetési meghagyásos eljárásoknál az állam



előre abból indul ki, hogy a hitelező joga nem kétséges, nem vitás, úgy a mulasztásos eljárásnál az állam utólag helyezkedik arra az álláspontra, hogy a felperes joga, miután az egyedül érdekelt alperes rem vitatta annak fennállását, már nem kétséges, vitatlan és ilyenül megállapítható.

Én azt hiszem, hogy ez a felfogás meg is felel az életnek.

Nem gondolnám, hogy a felperesnek oka volna panaszkodni amiatt, hogy az ő kellően meg nem alapított keresetére a bíróság csak megtagadta a mulasztási ítéletet, ahelyett, hogy őt érdemileg elutasította volna. És azt sem hiszem, hogy az alperesnek, aki a tárgyaláson meg sem jelent, vagy éppenséggel ott megtagadta a nyilatkozást, jogos oka volt arra, hogy amiatt panaszkodjék, hogy a felperest csak vissza- és nem elutasították.

Azok a gyakorlatban különben nem ritka esetek, amelyekben a felperest a meg sem jelent alperessel szemben is érdemileg elutasítják, talán érdekes illusztrálására szolgálhatnak a fictiv litis contestatio, ma már teljesen túlhaladott theoriájának vagy az Abwehrprinzip ingadozó elméletének, de ezenfelül aligha van valamelyes értékük.

Nem kívánja az ilyen szabályozást sem a szabályozott viszonyok jól felfogott természete, sem pedig jogérzetünk megnyugtatója.

A contumacia következményeinek kérdése a legszorosabb összefüggésben áll a perjog tudományának egyik legcentralisabb kérdésével, a per létrejöttének kérdésével.

Ha per alatt csak azt az eljárást értjük, amelynek célja a jogállítás valóságát vagy valótlanágát érdemleges vizsgálat alapján bíróilag eldönteni, azaz ha a teljesen létrejött per alatt a rómaiakkal a iudiciumot értjük, akkor bizonyos, hogy az új magyar per csak a jogállítással és az alperes ellentmondásával jön létre és addig csak alakulófélben van, hasonlóan miként a szerződés létrejöttéről is csak akkor beszélünk, ha már mind a két fél meg egyező akarat-nyilatkozatot tett. A szerződést megelőző tárgyalásokat, valamint az egyik félnek még el nem fogadott ajánlatát ellenben nem nevezzük szerződésnek.



Persze attól függ, hogy mit értünk per alatt. Ha valaki a végrehajtási eljárást, vagy a fizetési meghagyásos eljárást is pernek tekinti, ha Vollstreckungsprozess-ról és Mahnprozess-ról is beszél, akkor az a contumacionalis eljárásban is teljesen létrejött pert láthat. Csakhogy az ilyen általánosításokkal csak elhomályosítjuk a dolgokat. Nem minden jogérvényesítő eljárás, sőt nem is minden jogmegállapító eljárás per. A jogérvényesítés, sőt a jogmegállapítás is történhetik a peren kívül, végrehajtási eljárás, sőt perenkivüli eljárás útján is, azaz a jogvalósítás vagy a jogrendezés körében is. Ilyen szemmél nézve a dolgokat, nem lehet sem a kereseti követelés elismerése, sem a peregyezség, sem a mulasztás esetében teljesen kifejlett, létrejött perről beszélni. Aki elismeri a követelést, aki egyezséget köt, bizonyára nem perel. Ezek az aktusok egészen jól elvégezhetők a perenkivüli eljárásban is, mint jogrendező aktusok, pl. a közjegyző, a judex chartularius előtt is, amint a középkori olasz jogászok a közjegyzőt az előtte történt jogelismerés esetében nevezték. A contumacionalis eljárás pedig a fizetési meghagyásos eljárással, azaz lényegileg a végrehajtási eljárással is pótolható. A peres eljárásban ezek a megállapítási módok, hogy úgy mondjam, csak mint melléktermények, mint a pernek elhárítási módjai szerepelnek.

Az a szabályozás, hogy az érdemleges tárgyalás szüksége csak a felek kétoldalu cselekvőségével alapítható meg, csak ott helyes és találó, ahol annak előfeltételei megvannak, ahol nevezetesen az ügyben és annak mikénti eldöntésében a felek vannak elsősorban érdekelve. Másként áll a kérdés azokban az ügyekben, amelyeknek mikénti eldöntésében az állam maga is közvetlenül érdekelve van. Ezekben az ügyekben az állam már nem takarékoskodhatik a judicium megnyitásával. Itt már meg kell vizsgálnia és meg kell ítélnie a jog létezésének vagy nem létezésének kérdését, függetlenül az alperes viselkedésétől, tehát nevezetesen akkor is, ha az alperes elismeri a kereseti követelést, vagy ha nem nyilatkozik arra. És itt nem zárhatja ki a pert a felek egyezsége sem. Így van ez nevezetesen a bűnvádi perben. Ezt már a



rómaiak is világosan felfogták. Modestinus szerint a *lis contestata* az *accusatio* motával áll be és a *codex* szerint a *causa criminalis* már *ordinata*, *inscriptionibus depositis et fidejussore de exercenda lite praestito, eoque qui accusatus, sub custodia officii facto*. De nem szükséges az alperes perbebocsátkozása az érdemleges tárgyaláshoz azokban a polgári perekben sem, amelyekben az állam érdeke a valóság kiderítésében a felek érdekét meghaladja. Ez az álláspontja nevezetesen az új törvénynek is a házassági, továbbá a gyermek törvényességének megtámadása iránti, a kiskorúság meghosszabbítási, valamint a gondnokság alá helyezési és az ezek megszüntetése iránti perekben, valamint az atyai hatalom gyakorlatának megszüntetését megtámadó perben. Ezekben a perekben sem az alperes elismerése, sem az alperes mulasztása nem gátolja meg az érdemleges tárgyalást és az ítéletet (669., 672., 696., 716., 729. és 731. §§.). Nem lehet továbbá ezekben a perekben még eskütől feltételezett egyezséget sem kötni, valamint hatálytalan a joglemondás és kétségtelenül a feltétlen egyezség is, amennyiben ez a közérdekkel ellenkezik (670. §.). Különösen a tárgyalási határnapnak az alperes részéről való elmulasztása esetére a törvény azt rendeli, hogy a bíróság a megjelent felperes kérelmére az ügyben tárgyal. Ha a tárgyalás folytatásának elhalasztása válik szükségessé, a mulasztó alperes az általános szabályok értelmében az újabb határnapról értesítendő. Szóval nincs külön mulasztási eljárás.

Visszatérünk az általános eljárásra. A perfelvétel, úgy mint a mai sommás eljárásban, a felperes keresetének előadásával kezdődik. Ez az előadás természetesen elvileg szóbeli. A törvény azonban nem követeli feleslegesen ezt a formát. Ha a felperes kijelenti, hogy a keresetlevélben közölt keresethez ragaszkodik, a kereset szóbeli előadása vagy felolvasása csak annyiban szükséges, amennyiben a bíróság elrendeli. Rendszerint nem lesz szükséges a keresetnek szóbeli előadása a törvényszéki eljárásban, amelyben a perfelvételt rendszerint nem követi nyomban az érdemleges tárgyalás. Általában fe-



lesleges lesz továbbá a szóbeli előadás akkor, ha az alperes a perfelvételi határnapon nem jelenik meg.

A keresetnek lényeges tartalma a jog előadása és a kérelem. A jogot individualizálni kell, mert csak egy meghatározott jog lehet a pernek tárgya, csak e felől lehet ítéletet hozni és csak e felől emelkedhetik az ítélet jogerőre. Ha a jog nincs individualizálva, a pernek nincsen tárgya és célja és az létre sem jöhet. Ellenben nem szükséges a keresetet substantiálni, azaz nem szükséges a jogot tényalapjára felbontani és igazolni. Ez az érdemleges tárgyalásra tartozik. Ha ott a jog igazolása szükséges és elő nem adatik, a felperest keresetével elutasítják, de érdemben utasítják el.

Tények előadása legfeljebb annyiban szükséges, amennyiben nélkülök a jog nem individualizálható. Tot sunt obligationes quot sunt causae. A kötelmi jog individualizálásához tehát a causa előadása is szükséges. De az individualizálás és a substantiálás itt sem fedik egymást teljesen. Ha pl. azt mondom, hogy a feleségem nekem egy bizonyos ingatlant eladott, akkor a jogom teljesen meg van jelölve, de nincs megalapítva, mert e végből még azt is állítanom kellett volna, hogy az ügyletről közjegyzői okiratot vettek fel. A tulajdonjogot pl. már a tartalom, tárgy és a személy megjelölésével individualizálni lehet, a zálogjognál szükséges a követelés megjelölése is, stb. A törvény a jog megjelölésére nem szab meg semmi formát. Semmiesetre sem szükséges a kereset technikus nevének, címének előadása, hanem amint a törvény mondja (129. és 178. §.), a jogállítást a keresetnek egész tartalmából kell megállapítani. A jogot tehát meg lehet nevezetesen jelölni a kereset tényalapjának előadásával is, amellyel az érdemleges tárgyalást már a keresetlevélben különben is kívánatos előkészíteni. Mindez különben nem új dolog. Így van ez ma is a sommás eljárásban, sőt lényegileg a helyes felfogás szerint a rendes eljárásban is. Az új törvény csak jobban kidomborítja a keresetnek a peralapításhoz szükséges kellékeit. Mindenesetre határozottabban, mint a német prts, amely a keresetben a „Grund des erhobenen Anspruchs“ ha-



tározott megjelölését kívánja meg és ezzel a homályos kifejezéssel arra, a nézetem szerint különben nem jogosult kontroverziára nyújt alkalmat, hogy a keresetnek individualizálása vagy substantiálása szükséges-e. Még inkább elhomályosítja a dolog lényegét az osztrák perrendtartás, amely szerint a keresetnek határozott kérelmet (Begehren) kell tartalmaznia és azoknak a tényeknek rövid és teljes előadását, amelyeken a felperes igénye a fő- és mellékkövetelés tekintetében alapszik. Valójában azonban ez a törvény is megelégszik a kereset individualizálásával, mert nem tekinti keresetváltoztatásnak, ha a felperes a keresetnek ténybeli előadásait megváltoztatja, kiegészíti, felvilágosítja, vagy kiigazítja, anélkül, hogy a keresetalapot (Klagegrund) megváltoztatná. Tehát a lényeges mégis a keresetalap, de hogy ez mi legyen, az megint homályban marad.

A perfelvételi tárgyalásnak az a célja, hogy az a kérdés, vajjon érdemes tárgyalásra kerüljön-e az ügy vagy nem, tisztáztassék és eldöntessék. Ehhez képest a perfelvételi tárgyalás körébe tartozik nemcsak az érdemes tárgyalásnak megalapítása, a vita constatálása, hanem annak megállapítása is, hogy érdemes tárgyalásnak nincs helye, azaz a peralapítás mind pozitív, mind negatív irányban.

A perfelvételi tárgyalás körébe tartozik tehát a keresetnek elismerés, egyezség, vagy joglemondás alapján való elintézése, amely cselekmények különben a már létrejött judiciumot is megszüntetik. Ide tartozik továbbá, amint már említettük, a perfelvétel körüli mulasztás következményeinek kimondása is.

Ezekon felül azonban a perfelvételi tárgyalás körébe tartozik még annak a kérdésnek a tisztázása és eldöntése is, vajjon az adott körülmények között egyáltalán helye van-e judiciumnak, vagy az azt pótló eljárásnak, más szavakkal, hogy megvannak-e a pernek előfeltételei. A természetes sorrend és a legelemibb peroeconomia azt követeli, hogy ezek a kérdések az érdem előtt tárgyaltsanak és döntessenek el. Ez a természetes sorrend azonban nem feltétlen. A törvény nem fogadja el a római



jognak azt a szabályát, hogy ubi coeptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet, amelyet ott a bírói hivatal kettéosztása indokolt. A fontosabb perelőfeltételek hiányát a bíró, aki a pernek szintén egyik személye és aki érvénytelen eljárásban közérdekből nem vehet részt, bármikor, az eljárás bármely szakában hivatalból is figyelembe veszi. A törvény ebben az irányban lényegileg csatlakozik mai jogunkhoz, sőt túlmegy ezen, valamint pl. a német perrendtartáson is, amidőn elrendeli, hogy bizonyos különösen fontos perhiányokat a felsőbírószak a fellebbezési, illetőleg felülvizsgálati kérelem korlátaira való tekintet nélkül hivatalból figyelembe tartozik venni és pedig még akkor is, ha azok felől az alsóbíró már jogerősen határozott volna.

Azokat a perelőfeltételeket azonban, amelyek kisebb jelentőségűek és főleg a felek érdekében vannak megállapítva, a bíróság már a perfelvételi határnapon sem vizsgálhatja hivatalból, hanem rendszerint csak akkor, ha azok hiányát az alperes perbebocsátkozása előtt u. n. pergátló kifogással érvényesíti. Sajátságos új álláspontot foglal el a törvény az illetékesség tekintetében, amelyet a hatáskörtől élesen megkülönböztet. Az illetékességet ugyanis, habár az különben nem is volna hivatalból figyelembe veendő, a bíróság mindig hivatalból figyelembe veszi, ha az alperes a perfelvételi tárgyaláson nincs jelen. Ez a szabályozás lehetőleg meg akarja védeni az alperest, akire nézve felette terhes, ha a nem illetékes bíró előtt is kénytelen megjelenni, csupán azért, hogy az illetékesség hiányát kifogásolja. Nehogy azonban a jogkeresés felette megnehezíttessék, az illetékesség vizsgálata, kivéve, ha a törvény az illetékesség megalapításához okiratot kíván, csak a telperes által előadott tények és a köztudomás, vagy a bíróság hivatalos tudomása alapján történik.

A pergátló kifogásokat és azok előadását és tárgyalását az új törvény egyebekben nagyban és egészben véve úgy szabályozza, mint a S. E. Új, hogy a törvény minden kétség elkerülése végett, a választott bírósági szerződésből is kifejezetten pergátló kifogást enged,



továbbá, hogy a perfüggőség kifogását a hivatalból figyelembe veendő kifogások közé sorozza. Közérdek, hogy ugyanarra az ügyre nézve egy időben két per ne folytatassék és két ítélet ne keletkezhessek. Összehangzó rendelkezése a törvénynek, hogy az ítélet jogerejét is hivatalból figyelembe kell venni (411. §.). A perfüggőség kifogásának ilyen szabályozása mellett nem volt szükséges a Sommás Eljárás 27. §-ában a pergátló kifogások között megemlített *exc. rei in iudicium deducta*t fenn tartani.

Sajátságos álláspontot foglal el a törvény a perelőfeltételek felőli határozatok kérdésében. A mai jogunk szerint a bíróság mind a permegszüntetést, mind a pergátló kifogás elvetését végzéssel mondja ki. Az új törvény szerint a bíróság a pergátló körülmények felett tartott tárgyalás alapján a per megszüntetését mindig ítélettel mondja ki. Hasonlag ítéletet hoz a törvényszéki eljárásban akkor is, ha a pergátló kifogást elveti, ellenben a járásbírósi eljárásban ebben az esetben végzéssel határoz. E sajátságos szabályozás oka az, hogy a törvény a permegszüntető és a törvényszéki eljárásban a kifogást elvető határozat ellen is, fellebbezést és rendszerint felülvizsgálatot is enged. Nem tartja ezeket az esetleg nagyfontosságú kérdéseket a felek kötelező meghallgatását nélkülöző felfolyamodással elintézhetőnek. A fellebbezés és a felülvizsgálat azonban a határozatnak ítéleti szerkezetét teszi szükségessé, különösen a tényállás előadása és megállapítása tekintetében. Ha tehát a törvény ragaszkodott volna a végzés elnevezéshez, ezekre a végzésekre nézve mind a fellebbezésnél és felülvizsgálatnál, mind pedig a végzések szerkezeténél kivételes szabályokat kellett volna felvennie. A törvény inkább a határozat elnevezésében tette meg a kivételt. A járásbírósi eljárásban a kifogást elvető határozat ellen külön fellebbvitelnek nincs helye. Itt tehát ítéletre nincs szükség.

Az alperes perbebocsátkozásával a perfelvétel végbement. A iudicium, az érdemleges tárgyalás szaka, megvan alapítva. Ennek egyik fontos következménye, hogy most már alperes is követelheti az ítéletet. A felperes



kötte van keresetéhez. Azt egyoldaluan sem meg nem változtathatja, sem attól egyoldaluan el nem állhat. Az új törvény, úgy mint a mai jogunk e két következményt egy közös gondolatból vezeti le és egymással kapcsolatba hozza. Nem úgy, mint a német és az osztrák törvény, amelyek szerint a keresetváltoztatás tilalma már a kereset kézbesítésével beáll, a kereset visszavonása azonban a tárgyalás kezdetéig meg van engedve. A keresetváltoztatás kérdése egyebekben is lényegileg úgy van szabályozva, mint a sommás eljárásban. A keresetváltoztatás a keresetben előadott individualizált jognak a megváltoztatása. A törvény azonban ezenfelül is tesz bizonyos engedményeket a felperes részére, úgy mint a S. E. 31. §-a. Új különösen, hogy a törvény a megállapítási keresetről a teljesítési keresetre való áttérést és viszont, nem tekinti megváltoztatásnak. Egyebekben azonban a törvény nem engedi meg az egyoldalú keresetváltoztatást, nevezetesen akkor sem, ha ez az alperes védelmét lényegesen nem nehezíti meg. A törvény nem követi a német és az osztrák törvénynek ezt a szabályozását. A gyakorlati szükségnek más módon tesz eleget, t. i. azáltal, hogy megengedi a felperesnek, hogy az alperes ellen a tárgyalás folyamán is új keresetet indíthasson, ha az új kereset tárgya ugyanaz, illetőleg ugyanannak tekintendő, mint az előbbi, vagy ha az új kereset az előbbivel összefügg. Ezekben az esetekben, úgyszintén, ha az új kereset védelemként is érvényesíthető volna, az alperes is támaszthat a felperes ellen a tárgyalás folyamán keresetet, illetőleg viszontkeresetet. Ezenfelül a tárgyalás folyamán mind a két fél keresetet, illetőleg viszontkeresetet indíthat a perben vitássá vált oly jogviszony fenn vagy fenn nem állásának megállapítására, amelytől a peres ügy eldöntése egészben vagy részben függ. Ezekre a keresetekre a bíróság, ha az ellenfél jelen van, a perfelvételt és az érdemleges tárgyalást folytatólag nyomban is megtarthatja (189. és 190. §.).

Ez a szabályozás, amely sok tekintetben messzebb megy, mint a német vagy az osztrák törvény engedélye, egyrésztől elhárítja a keresetváltoztatás tilalmával járó



visszásságokat, másrésről, hogy úgy mondjam, határozottabb keretekben tartja az eljárást.

Ami a keresettől való egyoldalú elállás tilalmát illeti, ez az új törvény szerint abszolút. Perletételnek nincs helye. A felperes kifejezett elálló nyilatkozata a tárgyalás elmulasztásának tekintendő. A felperes az érdemleges tárgyalástól s az elmulasztásának következményeitől csak joglemondással szabadulhat.

Az érdemleges tárgyalást a járásbirósági eljárásban rendszerint a perfelvétel után nyomban meg kell tartani. A bíróság azonban újabb határnapot köteles kitűzni, ha ezt a felek kölcsönösen kérik és újabb határnapot tűzhet ki az egyik fél kérelmére vagy hivatalból is, ha a megjelent felek vagy képviselőik valamennyien a bíróság székhelyén laknak.

A törvényszéki eljárásban azonban az érdemleges tárgyalásra rendszerint újabb határnapot kell kitűzni. Csak kivételesen, a felek kölcsönös kérelmére, sürgős esetekben pedig az egyik fél kérelmére is lehet az érdemleges tárgyalást még a perfelvételi határnapon megtartani.

A tárgyalási időköz rendszerint mintegy 30 nap, mely kölcsönös kérelemre, vagy sürgős esetekben egyoldalú kérelemre is megrövidíthető.

A tárgyalási időközbe esik az érdemleges tárgyalás írásbeli előkészítése, lényegileg azon elvek szerint, mint a sommás eljárás fellebbezési eljárásában. A felperes előkészítő irata már a keresetlevél. A netalán hiányzó előkészítést a felperes három nap alatt tartozik pótolni. Az alperes a tárgyalási időköz első felében tartozik előkészítő iratát az ellenfél ügyvédjével közölni. Ezenfelül mindenik fél tartozik még azokat a tényeket és bizonyítékokat, amelyekre ellenfele előzetes tudakozódás nélkül előreláthatólag nem nyilatkozhatik, a tárgyalás előtt idejekorán ellenfelével előkészítő iratban közölni.

A tárgyalás előkészítését és koncentrálását célzó egyéb intézkedésekre, valamint magára az érdemleges tárgyalásra, amely nagyban és egészben a mai sommás eljárásunk szóbeli tárgyalásával megegyezik, nem terjeszkehdtem ki. A per szerkezetével csupán lazábban össze-



függő részletek különben is kitűzött feladatomon kívül fekszenek.

Hogy a pernek az a szerkezete, amelyet itt vázlatosan bemutatni és amelynek egyben-másban elméletét is jelezni igyekeztem, a gyakorlatban be fog-e válni, ezt majd az élet fogja megmutatni. Én természetesen azt hiszem, hogy igen.

---



## V.

### A BIZONYÍTÁSI TEHERRŐL\*

Ha a bizonyítási teher elméletével tisztába akarunk jönni, három kérdést kell megkülönböztetnünk, ú. m. hogy a perben

- I. kell-e egyáltalában bizonyítani,
- II. mit kell bizonyítani,
- III. kinek kell bizonyítani.

E három, itt egyelőre csak nagyjában feltett kérdés közül a két első a bizonyítás szükségességének, a necessitas probandinak kérdése, a harmadik pedig a bizonyítási teher megosztásának, a cui incumbit probationak kérdése.

Ámbár a bizonyítási teher alatt csak a teher megosztását értjük, mégis mind a három kérdéssel fogunk foglalkozni. Teszük ezt egyrésről azért, mert ha valamely gyakorlati esetben a bizonyítás terhének megosztását el kell dönten, a megoldás nem ritkán azon fordul meg, hogy fennforog-e és különösen, hogy mely tényre nézve forog fenn a bizonyítás szükségessége, másrésről pedig azért, mert a bizonyítási teher némely elméletének főhibája éppen abban áll, hogy a három kérdést nem különbözteti meg kellően.

I. Azt a kérdést, hogy kell-e egyáltalában bizonyítani, úgy látszik, feltenni is felesleges. Azt, hogy bizonyítani kell, senki sem vonja kétségbe és általában elisme-

\*) Megjelent a „Jogi Dolgozatok a Jogtudományi Közlöny ötven éves fennállásának emlékére” című kötetben és különlenyomatban, Budapest 1916.



rik azt is, hogy azért kell bizonyítani, mert a bíró ítéletében a kétes tényeket figyelembe nem veheti, a jogi hatást, amelyet a jogszabály bizonyos tényhez fűz, meg nem állapíthatja, ha ez a tény kétes. Mivel azonban némelyek, különösen azok, akik a bizonyítási teher megosztását a bíró belátására akarják bízni, ezt az alaptételt elméletükben figyelmen kívül hagyják, szükséges, hogy azt ne csak leszögezzük, hanem be is bizonyítsuk és ez által annak teljes jelentőségét és terjedelmét is feltüntessük. A kérdés, amellyel tüzetesebben nem szoktak foglalkozni, nevezetesen az, hogy a bizonyítás szükségessége a magánjognak — általában az alkalmazandó jognak — vagy pedig a perjognak követelménye-e.<sup>1</sup> Úgy látszik, hogy amidőn a magánjog a jogi hatást, pl. a kölcsön visszafizetésének kötelezettségét — valamely tényhez — a kölcsönként való átadáshoz — köti, ezt a tényálladékot nem csak mint lehetségeset, hanem mint valóban megtörténtet tartja szem előtt és hogy ennél fogva annak valóságát már a magánjog érdekében meg kell állapítani, hogy arra a bíró a jogszabályt alkalmazhassa. Ezt a felfogást tükrözi vissza Leonhard elmélete is, amelyről még III. alatt meg fogunk emlékezni. Ezzel szemben azonban kétségtelen, hogy vannak esetek, amelyekben a bírónak a valóságuk szerint meg nem állapított tényekre is kell jogszabályt alkalmazni. A fizetési meghagyásos eljárásban a Pp. 590. §-a szerint a kérelemben elő kell adni azokat a tényeket, amelyekből a hitelező követelését származtatja, az 591. §. szerint pedig a kérelmet el kell utasítani, egyebek közt ha a kérelem tartalmából az tűnik ki, hogy a követelés alaptalan, vagy érvényesítése még nem teljesített viszontszolgáltatástól függ. Más példák: hogy a mulasztási ítélet kérését csak akkor szabad teljesíteni, ha a kereseti kérelem a közölt kereset tartalma szerint meg van alapítva (Pp. 443. §. 4. p.), továbbá, hogy az idézés csak akkor bocsájtható ki a keresetlevélre, ha a bíróság hatásköre és illetékessége az előadott tények alapján megállapítható

<sup>1</sup>) A következőket már *Natur d. gesetzl. Vermutungen* című értekezésemben (*Festschrift für A. Wach* II. k. és külön kiadásban) 24. és 25. l. kifejtettem.



(Pp. 140., 141. és 10. és 50. §.). Mindezekben az esetekben a bíró jogszabályt alkalmaz, anélkül, hogy az alapul szolgáló tények valóságát megállapítaná. Vannak továbbá esetek, amelyekben az eljárási törvény arra utasítja a bírót, hogy a tényállásra meghatározott egyoldalú bizonyítás feltétele mellett alkalmazza a jogszabályt, anélkül azonban, hogy a tényállás valóságát megállapítaná. Ide tartozik az az eset, amidőn a bírónak váltó stb. alapján a meghagyás kibocsátásáról, továbbá különösen közjegyzői okirat alapján a kielégítési végrehajtás elrendeléséről, a biztosítási végrehajtás elrendeléséről stb. kell határozni. Ide tartozik a bűnvádi eljárás köréből a büntető parancs kibocsátása (Bp. 532. és 533. §.). Vannak végül esetek, amelyekben az alkalmazandó jogszabály tényálladékanak csupán valószínűségét kell a bírónak megállapítani. Mindezek az esetek kétségtelenné teszik, hogy a bizonyítás szükségessége nem az alkalmazandó jogszabálytól, hanem az eljárás céljától függ, tehát eljárási szabály. Nem szükséges, hogy itt a különböző eljárási szabályok okait megvizsgáljuk, elég ha megállapítjuk, hogy egy olyan eljárásban, amelynek célja a követelés létezését vagy nem létezését, úgy amint az a mai perben történik, a tényekből a jogszabály segítségével való rekonstrukció útján megállapítani, az alkalmazandó jogszabály tényálladéka valóságának megállapítása elengedhetetlen. Az olyan ítélet, amely kimondaná, hogy kétes, vajjon B. A.-tól 1000-et kölcsönbe kapott-e, mivel pedig jogszabály az, hogy a kölcsönvevő a kölcsönvett összeget köteles visszafizetni, ennél fogva B. köteles A-nak 1000-et fizetni, az ilyen ítélet ellenkezik az eljárás céljával és logikailag lehetetlen. Ha a syllogismusnak alsó tétele kétséges, akkor a következtetés sem lehet biztos. A tényállás valóságának megállapítása ezek szerint a tényállásból rekonstruáló ítéletnek elengedhetetlen követelménye, abszolút perjogi szabály, amelyről sem a bíróság, sem a felek nem rendelkezhetnek és amelyet semmiféle bizonyítási teher elméletnek sem szabadna figyelmen kívül hagynia.



II. Már az I. alatt előadottakból következik, hogy a perben csak azokat a tényeket<sup>2</sup> kell bizonyítani, *amelyektől a jogszabály alkalmazhatósága függ*. Hozzáteesszük: közvetlenül vagy közvetve függ. Más szavakkal csak a perben alkalmazandó jogszabály szempontjából jelentős, *releváns tényeket* kell bizonyítani. Midőn a relevancia hiányáról beszélünk, nem kell csupán a pro coloranda causa felhozott tényekre gondolnunk, hanem általában mindazokra az esetekre, amidőn a tényállásra jogszabályt alkalmazni *nem lehet* vagy *nem kell*. Ide tartozik nevezetesen a hiányos tényállás is, pl. ha a kölcsönkövetelés tényállásából a kölcsönösszeg átadásának ténye hiányzik. Ilyenkor a felperest azért kell elutasítani, mert az előadott és kiderített tényállásra a kölcsönkövetelés létrejöttének szabályait nem lehet alkalmazni, el kell utasítani, tekintet nélkül arra, hogy a tényállás többi része való-e vagy nem, tehát minden bizonyítás nélkül. Az előadás hiányával azonos következménye van annak is, ha a teljes tényállás valamely része kétes marad. A tényállás ilyenkor is egészben elveszti relevanciáját. Nem kell a jogszabályt valamely tényállásra alkalmazni, ha a per enélkül is eldönthető, pl. a kölcsönszerződés tényei elvesztik relevanciájukat, ha kétségtelen, hogy a követelés elévült. A per oeconomia azt hozza magával, hogy felesleges bizonyítás ne vétessék fel.

Nem szükséges azonban a perben az összes releváns tényeket sem bizonyítani. Mindenesetre nem kell azt a tényt bizonyítani, amelyet a bíró úgy is tud, feltéve, hogy tudomását a perben figyelembe veheti. Nem kell tehát bizonyítani a köztudomású és a bíróság által hivatalból ismert tényeket. Az utóbbiakhoz tartoznak azok a

<sup>2</sup> A perben tulajdonképen tényítéleteket kell és lehet csak bizonyítani. Ezt már más alkalommal kifejtettem (A perbeli elismerés 58. és k. l.). Amit az ellen felhoztak, csak megnemértésen alapszik. L. újabban arra nézve, hogy a perben tényítéletek és nem tények hozatnak fel és hogy csak azok alapján határoz a bíró, Hellwig System, 430. l. Ha itt mégis tényekről beszélünk, ez nemcsak a rövidség kedvéért, hanem azért is történik, mert a magánjog, amelyet itt gyakran érintünk, (hypotheticus) tényeket tart szem előtt.



tények is, amelyeket a bíróság a perben észlel. A bűnvádi perben csakis ezeket a tényeket nem kell bizonyítani. Ugyanez áll a polgári perben is, amennyiben abban az officialitás elve érvényesül. A tipikus polgári perben azonban, amelyben az államnak az igazság mikénti megállapításában nincs a felek érdekét meghaladó érdeke, belejátszik a kérdésbe a tárgyalási elv is. Ebben a perben az a tényállítás sem szorul bizonyításra, amelynek a valósággal való megegyezését az ellenfél a perben beismeri, feltéve, hogy a tényállítás nem tartalmaz lehetetlenséget vagy különben a köztudomással vagy a bíróság hivatalos tudomásával nem ellenkezik. Nem szorul továbbá bizonyításra az a tényállítás sem, amelynek valóságára nézve az ellenfél a perben nem nyilatkozott, feltéve, hogy nyilatkozási kötelezettségének elmulasztását a bíróság által elfogadhatónak ítélt nem tudással vagy nem emlékezéssel ki nem mentette. Az előbbi esetben a tényállítás valósága az ellenfél ítéletével, az utóbbi esetben pedig az ellenfél mulasztásával van megállapítva, tekintet nélkül a bíró meggyőződésére. Mellesleg: nem szabatos azt mondani, hogy csak a tagadott tényállításokat kell bizonyítani. Magában véve minden tényállítást, amelynek valóságát a bíró nem tudja, bizonyítani kellene, hogy azt a bíró ítéletének alapjául fektethesse, nem pedig csak azt, amelynek valóságát az ellenfél megtámadja (Abwehrprinzip). A bíró csak a felek kölcsönös meghallgatása alapján alkothatja meg ítéletét az állított tény valóságáról. Hogy a bíró a nem nyilatkozás esetében is valónak fogadja el a tényállítást, a nyilatkozási kötelesség elmulasztásának következménye.<sup>3</sup> Ez most már a S. E. 61. §-ának és a Pp. 266. §-ának a nyilatkozási kötelesség alól való mentességet tárgyzó rendelkezéseiből is kétségtelenül következik, habár e §-ok a tagadásnak fikciójával vannak szövegezve.

Minthogy a bizonyítás szükségessége a beismerés és a nem nyilatkozás következtében esik, nagy gyakorlati jelentősége van annak a kérdésnek, hogy milyen nyilat-

<sup>3</sup> Wach, Vorträge, 2. kiad. 61. l.



kozatot tesz az ellenfél a tényállításra, nevezetesen, hogy azt beismerésnek, tagadásnak, vagy egyáltalában nem a tényállításra való nyilatkozásnak, hanem kifogásnak kell-e minősíteni. Különösen mélyen belevág a bizonyítás szükségességének kérdésébe a kifogásnak a tagadástól való megkülönböztetése, miután tagadás esetében a kereseti tényállítást, kifogás esetében pedig a kifogást kell bizonyítani.

A kifogások közül minket itt különösen azok érdekelnek, amelyekkel az alperes a felperesnek kereseti tényalapját kiegészíti és amelyek a kereseti tényalap valóságával nem ellenkeznek ugyan, de a felperes jogának fennállását tagadják, amennyiben a jog létrejöttét kizárják vagy a létrejött jogot megszüntetik, mint pl. a kiskorúság vagy a fizetés kifogása. Ezek a kifogások tényállítások és abból a tényállásból vannak meritve, amelyből a felperes által állított jognak létezését vagy nem létezését a magánjog szerint meg kell ítélni és csak annál fogva szerepelnek a perben mint kifogások, mert a perben az állítási és bizonyítási teher meg van osztva. Ehhez képest, ámbár az alperes érdekében áll azokat a perben felhozni, nem is szükséges, hogy azokat éppen az alperes hozza fel és kívánja érvényesíteni, vagyis azok ipso jure és nem csak ope exceptionis hatnak. A bíró pl. nem ítélni meg a követelést, amely a felperes előadása szerint ki van fizetve. E kifogásokat, amelyeket tágabb értelemben vett kifogásoknak (Unger) vagy perjogi értelemben vett kifogásoknak (Windscheid) is neveznek, a németek újabban az *Einwendung* szóval jelölik meg. Kevésbé érdekelnek itt bennünket az u. n. szorosabb, vagy technikus vagy magánjogi értelemben vett kifogások, amelyeket újabban *Einreden* vagy *Einrederechte*-nek neveznek. Ezek az alperest a magánjog értelmében feljogosítják arra, hogy a felperesnek magában véve fennálló jogát megerősítse (csalás, megfélemlítés), megszüntesse (beszámítás), vagy a felperes jogának érvényesítését örökre vagy ez idő szerint meggátolja (elévülés, megtartási jog). E kifogásokat a bíró csak akkor veheti figyelembe, ha azokkal az alperes él. Az, hogy azoknak ténybeli alapját, ha szükséges, az



alperesnek kell bizonyítani, vitán kívül áll.<sup>4)</sup>

Midőn a következőkben kifogásról szólunk, csak az ú. n. tágabb értelemben vett kifogásokat tartjuk szem előtt. A rövidség okáért továbbá csak kifogásokról beszélünk. Mindaz, amit ezekről elmondunk, megfelelően alkalmazandó a tényalap további kiegészítésére is, tehát a kifogások kifogásaira, a tágabb értelemben vett replikákra, duplikákra stb. is.

A tagadásnak a kifogástól való megkülönböztetése különösen annál fogva okoz nehézséget, mert a tagadás nem csupán direkte, a tényállítás valósága feletti ítélet kijelentésével, hanem indirekte is, különösen tényelőadás-sal is történhetik. Minden *előadás, amely az ellenfél tényállításának valóságával össze nem egyeztethető, tagadás*. Ezt a rövid tételt csak azzal kell még kiegészítenünk, hogy a tagadásnál is figyelembe kell venni a *relevanciát*. A két ténybeli előadás közötti ellentmondásnak a tényállásra alkalmazandó jogszabály szempontjából jelentősnek kell lennie.<sup>5)</sup> Ilyen jelentős ellentét hiányában a két tényállásnak egyforma hatása van, a két tényállítás *aequipollens* és az ellenfél nyilatkozata beismerés számba megy. Így pl. ha a felperes azt állítja, hogy a szerződést megkötötték, az alperes pedig azt, hogy a szerződést felbontó feltétel mellett kötötték, a két tényállítás mindaddig, amíg a felbontó feltétel be nem következett, azonos hatású. Ebben az esetben tehát, legalább egyelőre, nincs relevans tagadással dolgunk. Más példa: A felperes vevő az alperes eladótól azon az alapon követeli a megvett lovat, hogy ő az alperestől 1000 koronáért megvette, mire az alperes azt adja elő, hogy 800 koronáért adta el a lovat. Nem tagadás. Ellenben: ha az eladó a vevőtől követeli az 1000 K. vételért, a vevő pedig csak 800 K. vételért állít, az alperes tagadja a releváns vételi szerző-

<sup>4)</sup> Mindaz, amit itt a kifogásokról elmondtam, közismert dolog és feltalálható nálunk is már váltójogi kézikönyvem első kiadásában is, a kifogásokról szóló §-ban. Sajnos, hogy nálunk olyan nézetek forognak közkézen a kifogásokról, hogy azok tanának rövid vázolását nem mellőzhetem.

<sup>5)</sup> V. ö. Pp. 264. §. 2. bek.



dés megkötését. És még egy példa. Magában véve az, hogy egy bizonyos kölcsönszerződést január 10-én vagy 20-án kötöttek-e, jogilag közömbös. A két előadás tehát a relevancia szempontjából összefér. De már megvan a releváns ellentét, ha az a kérdés, hogy a szerződési kamatokat a felperes előadása szerint jan. 10-től, vagy az alperes előadása szerint 20-tól kell-e számítani. Szintén relevánssá válik a különbség, ha az alperes állítása, hogy ő jan. 15-én érte el a teljes korúságát, be van bizonyítva és ő azt adja elő, hogy a szerződést jan. 10-én, nem pedig mint a felperes mondja, 20-án kötötték. Az alperes ebben az esetben is tagad és a felperesnek kell bizonyítani, hogy a szerződést jan. 20-án vagy legalább jan. 15-én, vagy utóbb kötötték.

Szemben a tagadással a *kifogásnak* jellemző saját-sága, hogy az *sohasem ellenkezik a kereset tényalapjá-nak valóságával*. A kifogás új tényállítás és magában véve nem nyilatkozat az ellenfél tényállításának valósá-gára. Sem tagadás, sem beismerés. Magától érthető azon-ban, hogy ha az alperes csakis kifogással él, a felperes-nek a kereseti tényeket a nem nyilatkozás következtében nem kell bizonyítani, az alperes azonban az elmulasztott nyilatkozatot utóbb pótolhatja.

A tagadás és kifogás fogalmi meghatározásának al-kalmazása sok esetben igen egyszerű. Pl. a felperes köl-csönt, az alperes ajándékozást állít. Világos, hogy a két előadás közül csak az egyik lehet igaz. Vannak azonban kevésbé egyszerű esetek is. Itt van mindjárt az az is-meretes eset, hogy a felperes egyszerűen szerződéskötést, az alperes pedig felfüggesztő feltétellel való szerződéskötést állít. Az elméletben és gyakorlatban uralkodó nézet eb-ben az esetben a felperesre rójjá a bizonyítás terhét, ha-bár különböző megokolással, de részben azért is, mert a feltételes és feltétlen szerződés között qualitativ különb-séget lát és ezért az alperes előadását tagadásnak minő-síti. Vannak azonban még legújabbban is ellennézetűek, akik különböző okokból, egyebek közt azért is, mert a feltétel kikötése mellékhatórzmány, alperes előadását ki-fogásnak tekintik és őt terhelik meg a bizonyítással. Még



vításabb újabban az a kérdés, hogy kit terhel a bizonyítás akkor, ha a felperes szerződés teljesítési keresete ellen az alperes azt hozza fel, hogy a szerződés kötésekor abban teljesítési határnap vagy felmondás volt kikötve. Ebben az esetben a legalább nálunk még mindig uralkodó felfogás szerint alperes előadása kifogás, amelyet neki kell bizonyítani.

Az ilyen és hasonló nagyon szaporítható és érdekes kérdések megoldásához, mint az igazság kiderítéséhez általában elfogultság nélkül kell hozzányulni. Az elfogultság oka ebben az esetben a jogi dogmatikából származik. A jogász fogalmakkal, jogi fogalmakkal gondolkodik. Egyebek közt a jogi tény fogalmával is. A jogászt csak azok a tények érdeklik, amelyeknek jogi jelentőségük van. Eből a szempontból megalkotja magának abstractio útján a jogi tény fogalmát és ugyancsak abstractio útján a jogi tények egyes csoportjainak pl. a szerződés és ezek további csoportjainak, az adás-vevési szerződésnek stb. fogalmát. Eddig a dolog rendben van. Hiszen abstractio és fogalomalkotás nélkül nincs tudomány. A baj ott kezdődik, hogy a jogász elfogulva az ő elméleti jogi nézőpontjától és befolyásolva a szerintem szerencsétlen elnevezés által, nagyon is hajlandó arra, hogy az ő jogi tényeit valóságos tényeknek tekintse.<sup>6)</sup> A valóságban az életben azonban *nem jogi tények* történnek, nem szerződések kötnek és vétségek követtetnek el, hanem *természetes* vagy *mezítelen tények*<sup>7)</sup> történnek, amelyeket azután a jogász jogi köntösbe öltöztet fel. Ezek a reális, észlelhető tények azok, amelyekről a perben lényegileg szó van és amelyeket jogilag meg kell ítélni. A ténykérdés tehát nem az, hogy szerződést kötöttek-e, hanem az, hogy mi történt, minő kijelentéseket tettek, minő magatartás vált észlelhetővé.<sup>8)</sup>

<sup>6)</sup> Így még Hellwig is az „Eintritt eines Ereignisses” példájául ezeket hozza fel: Auflassung, Eheschliessung, Auszahlung einer Summe Geldes. System 430. I. 3. j.

<sup>7)</sup> A tény fogalmára l. a perbeli beismerésről írt értekezésem 74. j-ét „Tény mindaz, ami hat, amit hatásában észlelünk, vagy legalább észlelhetnők... Tény ebben az értelemben az állapot is.”

<sup>8)</sup> Ezzel nem azt akarom mondani, hogy az u. n. jogi tények állítása, valamint az arra való nyilatkozás sohasem lehet elegendő. Ne-



Ebből a szempontból vizsgálva meg a fenti kérdéseket egészen világos, hogy két össze nem egyeztethető tényállással van dolgunk, ha *A* azt állítja, hogy *B* azt mondotta: 3000 korona évi haszonbérért haszonbérbe adom neked *X.* birtokomat jövő jan. 1-től kezdve és ő ezt az ajánlatot elfogadta, *B* pedig azt állítja, hogy az elfogadott ígéret az volt, hogy 3000 korona évi haszonbérért haszonbérbe adom *X.* birtokomat jövő jan. 1-től kezdve, ha addig *N.* állásra kineveznek. A két tényállás közül csak az egyik lehet igaz. Azaz *B* előadása tagadás, tagadása a releváns tényállásnak. Világos továbbá, hogy szintén tagadással van dolgunk akkor is, ha a felperes előadása szerint az alperes azt mondotta adj kölcsön 100 K-át, az alperes pedig azt adja elő, hogy ő azt mondotta, adj kölcsön két hónapra 100 K-t. Az, hogy a törvény pótlószabályának statim debere-ját a felek egyenesen kifejezik-e vagy sem, közömbös. Két egymással ellenkező tényállás a következő is: 1. A vidéki ember feljön Budapestre és itt találkozik *B* ismerőseivel. akinek elmondja, hogy még két hétig akar Budapesten tartózkodni, de most látja, hogy kevés pénzt hozott magával, megkéri tehát, hogy ha van nélkülözhető pénze, adjon neki 200 K-t kölcsön; 2. Ugyanaz az *A* ugyanattól a *B*-től annak az előrebocsájtásával kér 200 K-t, hogy a szállóban hagyta a pénztárcáját és most rögtön bevásárlás vagy elküldés céljából szüksége van e pénzre. Világos, hogy mindegyik tényállásból más-más teljesítési időt és más-más individuális szerződést kell kiinterpretálni. Más az is, hogy valamely banktól amortizációra vagy félévi felmondásra kaptam-e a pénzt kölcsön stb. Mindezekben az esetekben különböző individuális szerződésekkel van dolgunk, pedig a felperes nem a szerződés jogi sablonjá-

vezetesen a beismerés esetében annak közelebbi felderítése, hogy tulajdonképpen mi történt, felesleges lesz. Ha azonban az u. n. jogi tény megtörténte és különösen mikénti megtörténte kétségesse válik, a természetes tényekre kell visszamenni. Némelyek (Stölzel, Leonhard) ilyenkor a feleknek felderítési kötelességéről (Aufklärungspflicht) szólnak, ami nézetem szerint felesleges. Ez már az állítási és nyilatkozási feladatban benne van.



ból, hanem egy individuális szerződésből perel, tehát azt kell bizonyítania, hogy ezt az individuális szerződést kötötték meg. Magától érthető, hogy egészen másként kell azt az esetet megítélni, amidőn az alperes előadása szerint utólag történt a felfüggesztő feltétel kikötése vagy utólag jött létre a fizetés idejére nézve a megegyezés. Ebben az esetben az alperes előadása nem ellenkezik a felperes tényelőadásával, hanem azt kiegészíti, azaz az alperes kifogásol és nem tagad.

Az itt védett felfogást újabban Leugnungs-theoriának is nevezik. A részletekben való kifejtése körül különösen *Stölzel*nek (Schulung für die Zivilistische Praxis és egyes értékezésekben is) van nagy érdeme.

III. A harmadik és a tulajdonképeni kérdés a bizonyítási teher megosztásának a kérdése. Ezt a kérdést már a római jogászok szubjektív alakban tették fel, illetőleg oldották meg, ilyen formában: probare debet is, ei incumbit probatio, actore non probante stb. Fentebb egyelőre így szövegeztük mi is a kérdést. A kérdésnek ilyen feltevése azonban annak a tévedésnek nyithat utat, mintha itt arról volna szó, hogy kinek kell a bizonyítási tevékenységet kifejejteni. A valóságban, amint ezt már mások is — habár nem ellentmondás nélkül, — helyesen megjegyezték, nem ez a kérdés. Az, hogy a felek, vagy azok közül melyik szolgáltatja a bizonyítékot, vagy hogy a bíró hivatalból szerzi-e azt be, a bizonyítási teher megosztásának kérdésében közömbös. A kérdés szabatosabban szövegezve az, hogy *melyik fél viseli a nem bizonyítás következményét*, vagy objektíve szövegezve, hogy igenlő vagy tagadó ítéletet kell-e hozni, ha valamely bizonyítandó tény kétes marad. Példában kifejezve az a kérdés, hogy marasztaló vagy felmentő ítéletet kell-e hozni, ha a kölcsönkövetelés iránt indított perben kétes marad, hogy az alperes a követelést teljesítette-e, vagy hogy a szerződés kötése idejében cselekvőképes volt-e.

Sem az I. sem a II. kérdés megoldása nem oldja meg a bizonyítási teher megosztásának kérdését. Már ezért is alapjában téves *Leonhard* elmélete. Szerinte a bizonyítási teher a bizonytalanság következményeinek



tana. A bizonyítási teher tárgyi tartalma, úgy mondja, csak abban áll, hogy a tényállás bizonyításának hiányában a jogi hatás megállapítására irányuló kérelmet el kell utasítani. Midőn pedig nyilvánvalóan még abba a tévedésbe is beleesik, hogy a bizonyítás szükségessége magánjogi követelmény, a bizonyítási terhet egyszerűen a materiális jog negatív, megfordított képének (Kehrseite) tekinti.<sup>9)</sup> Hogy ez az alaptétel nem oldja meg a bizonyítási teher megosztásának kérdését, ezt fényesen tanúsítja maga Leonhard, amidőn mindjárt folytatólag<sup>10)</sup> más alapon t. i. a jogi hatás és ellenhatás alapján kísérli meg a bizonyítási tehernek a felperes és az alperes között való megosztását. A jogi hatás tartalma szerinte a jog létrejöttében áll és mivel a joggátló tények hiánya is a jogi hatás létrejöttének tényálladékához tartozik, a felperesnek nemcsak az ú. n. pozítive ható tényeket, hanem az — uralkodó tantól eltérően — az alperestől felhozott joggátló tények hiányát is be kell bizonyítani. Az ellenhatás ellenben a beállott hatás utólagos megerőtlenítésében áll és ennek tényálladékát, azaz a jogmegszüntető tényeket és a tulajdonképeni kifogások (Einreden) tényeit az alperesnek kell bizonyítani. A tehermegosztás eme megalapításának mindenekelőtt az a nagy hibája van, hogy a valóságban a felek a perben nem a jog létrejöttének, illetőleg utólagos megerőtlenítésének, hanem az érvényesíthető jog fenn-, illetőleg fenn nem állásának megállapítását kérik és hogy ezt a kérdést kell a bírónak is eldöntenie. A jog létrejöttének megállapítására irányzott kérelem a perben nem is fordul elő és az ítélet is legfeljebb indokolásában tartalmaz erre nézve kijelentést. Ha tehát Leonhard már alaptételében a jog létrejöttének, illetőleg megszűntének kimondására irányzott kérelmet tart szem előtt, akkor már alaptételében hamis feltételezésből indul ki, ha pedig alaptételében a valóságos perbeli kérelemre gondol, akkor alaptételének tartalma hamis és fejtegetésének folytatása által is le van rontva. Minden-

<sup>9)</sup> Beweislast, 144. és köv. l. és 152. l.

<sup>10)</sup> U. o. 153. és köv. l.



esetre pedig nem oldja meg ez az elmélet azt a kérdést, hogy hogyan jut a bíró ahhoz, hogy a jog létrejöttének tényálladéka alapján a jog fennállását megállapítsa. Ha pedig ezt sem magyarázza meg, akkor az is kétséges, hogy miért ne lehessen a bírónak már az ú. n. pozitive ható tények alapján a jog létrejöttére következtetni és miért kelljen a jogkizáró tények hiányát is a felperesnek bizonyítani. Hiszen a bünvádi eljárásban a joggátló és a jogmegszüntető tények között, — pl. a beszámíthatóság hiánya és az elévülés között — a bizonyítási teher szempontjából nincs különbség. Miért teszünk közöttük különbséget a polgári perben.

Nem oldja meg a bizonyítás megosztásának kérdését az az ismeretes tétel sem, hogy a bizonyítási teher kérdése tulajdonképpen az állítási teher kérdése. Akinek mit állítania kell, azt bizonyítania is kell. Ez a tétel a kérdés megoldását csak egy más kérdésre tolja át, de semmivel sem könnyíti meg. De a kérdés áttolása nem is igazolható. Épen olyan joggal sőt több joggal azt is lehet mondani, hogy amit a perben meg kell állapítani, azt állítani is kell. A fődolog a tényállás megállapítása, mert csak a megállapított tények szolgálhatnak az ítéletnek alapul. Az állítás a megállapíthatás végett történik és nem más, mint a bizonyítási tétel bevezetése. Sőt tovább kell mennünk. Az állítási és bizonyítási teher kérdésének azonosítása egyenesen téves. Az állítás tevékenység, amelyet a tárgyalási elv ró a felekre. A bizonyítási teher pedig nem a tevékenység kérdése, hanem az a kérdés, hogy kinek, melyik álláspontnak hátrányára szolgál az, ha valamely tény kétes marad. Ezért azokban a perekben, amelyekben a tárgyalási elv nem nyer alkalmazást, állítási teherről nem lehet beszélni. Célszerű és tanácsos lehet ugyan, hogy a fél ilyenkor is mindazt felhossa, aminek figyelembevétele érdekében áll, de a tárgyalási elvnek lényege, hogy t. i. amit a felek fel nem hoztak, az nem ítéleti anyag és figyelembe nem vehető, nem alkalmazható. Nincs tehát állítási teher és ennél fogva az állítási teher megosztása sem az officialitás elve által uralt perben. Nincs továbbá állítási teher a tipikus polgári perben sem, egyebek közt



a bizonyító okul szolgáló tények tekintetében. A bírónak pl. az egyik féltől sem állított bíróságon kívüli beismerést figyelembe kell venni, ha az a más kérdésre nézve kihallgatott tanuk vallomása által be van bizonyítva (Pp. 270., 273. §.) Ezzel szemben a bizonyítási teher megosztása az officialitás mellett is fennáll. Az a körülmény, hogy valamely tény kétes marad, itt is az egyik vagy másik fél terhére esik, igenlő vagy tagadó ítéletet eredményez, épen úgy mint a tárgyalási elves perben. Pl. ha a házassági bontó perben az a hivatalból is figyelembe veendő és kiderítendő tény, hogy a felperes házastársának vétkes cselekményét megbocsátotta, valószínűvé van ugyan téve, de teljesen be nem bizonyítható, ez a körülmény az alperes terhére esik. Megfelel ennek az is, hogy a Pp. midőn a házassági és hasonló perekben a tárgyalási elvet 669. és 670. §-ában kizárja, illetőleg korlátozza, a bizonyítási teherről szóló rendelkezést nem említi fel azok között, amelyek nem alkalmazhatók.

Vannak, akik a bizonyítási teher megosztását in concreto a bíróra akarják bízni. Hogy a megosztás kérdésének ilyen dispozitív szabályozása a necessitas probandi-val ellenkezik és lehetetlen, már az I. alatt kifejtettekben következik. Voltaképen ez a nézet összezavarja a bizonyítási teher megosztásának kérdését azzal a kérdéssel, hogy mit tarthat a bíró valónak. A bizonyítékok szabad mérlegelése tág teret nyit a bírónak meggyőződése alkotásánál. Ő a tárgyalás tartalmát figyelembe veheti és ez alapon megfelelő indokolással valónak vagy valótlannak ítélhet valamely ténykörülményt, legalább egyelőre, addig amíg az ellenfél semmit sem bizonyít. Csakhogy ez nem a bizonyítási teher megosztásának kérdése, amelynek akkor van jelentősége, amikor deficit probatio. Ugyanez a hibájuk van a különféle vélelmi teoriáknak is, amelyek ugyan gyakran a bizonyítási tehernek különben is fennálló szabályait juttatják érvényre, de a megosztás alapjául a valószínűséget állítják fel és amelyek azt is figyelmen kívül hagyják, hogy a perben a tényalapnak a jogszabály alkalmazhatása végett nem csak valószínűnek, hanem — emberileg — bizonyos-



nak kell lennie. Ide tartozik továbbá az a nézet is, amely habár csak kisegítőkép az élettapasztalatra alapítja a bizonyítási teher megosztását. Az élettapasztalat figyelembe jön a bizonyítás mérlegelésénél, sőt fontos a törvény értelmezésénél is, de semmi esetre sem változtatja meg a bizonyítási terhet. A bíró, aki az élettapasztalat alapján valamely jogszabályt az ettől megkivánt olyan tényre alkalmaz, melynek valóságát meg nem állapíthatja, vagy logikailag lehetetlen ítéletet hoz, vagy felülhelyezkedik az alkalmazandó jogszabályon. Különben, ha az élettapasztalatot általában bebocsátjuk a bizonyítási teher megosztásának kérdésébe, akkor ennek nemcsak kisegítőkép, hanem általában irányadónak kellene lennie.

Hogy a bizonyítási teher a polgári perben a felek között meg van osztva, ez kétségtelen. A kérdés csak az, hogy miképen van megosztva és hogy meg tudunk-e egy általános minden esetre kiterjedő megnyugtató, igazságos szabályt állapítani, amely a megosztás mikéntjét meghatározza. Hogy erre a kérdésre megfelelhessünk, nézetem szerint a megosztás okát kell felderítenünk. Ha a megosztásnak megnyugtató, igazságos okát tudjuk adni, akkor a megosztás igazságos terjedelmét is felderítettük. Ameddig a megosztás oka terjed, addig terjed maga a megosztás is.

A bizonyítási teher uralkodó tanának igen elterjedt, mondhatni általános megokolása a méltányosság. Ezt a megokolást tetszetős alakban adja elő *Unger*. Szerinte a jogkereső félnek a keresettel a célhoz nem vezető, tompa fegyvert adnánk, ha tőle nem csak a jogalkotó tények létezésének, hanem minden elképzelhető jogkizáró és jogmegszüntető tény nem létezésének kimutatását, azaz állítását és bizonyítását is megkivánnánk. A természetes méltányosság követelménye, hogy a küzdő felek között a nap és a szél egyenlően megosztassék. E méltányos megosztásnak legjobb alapját a pozitív és negatív ható tények különbözősége adja meg.<sup>11)</sup>

Ámbár kétségtelen, hogy a bizonyítási teher meg-

<sup>11)</sup> *Unger*, System II. 451. l.



osztásának méltányosnak kell lennie, a természetes méltányosságot mégis nem lehet a megosztás alapjául elfogadni. Méltányos, vagy akár természetesen méltányos az a jogszabály, amely az eset körülményeit méltányolja, arra van szabva, arra reá illik. A *jus aequum* az esetnek megfelelő jog. A tehermegosztásnak a méltányossággal való megalapítása ellen tehát joggal fel lehet hozni és fel is hozták, hogy ez az alap a bizonyítási tehernek a bíró által az eset körülményeinek szorgos méltatásával való megosztására vezet. Miért legyen pl. méltányos, hogy a pozitíve ható negativumot a felperes bizonyítsa, amidőn az ellenkezőt, ha igaz, az alperes könnyebben bebizonyíthatja? Látszólag közel fekszik, hogy akkor, ha a bírót felhatalmazzuk arra, hogy a bizonyítékok erejét in concreto, az eset összes körülményeinek szorgos méltatásával szabadon mérlegelje, ugyanezt a felhatalmazást a bizonyítási teher megosztásában is megadjuk neki. Hogy azonban ez lehetetlen, a *necessitas probandi* megmáshíthatatlan szabályával ellenkezik, már fentebb láttuk. Legfeljebb annyira mehetünk, hogy a félnek vonakodását a reá nézve az eset körülményei szerint könnyű bizonyításnál közreműködni, mint bizonyító okot elismerjük és ennek mérlegelését a tény valóságáról való meggyőződése alkotásánál a bíróra bízunk. Mindenesetre kétségtelen azonban az, hogy a természetes méltányosságból nem lehet a bizonyítási teher mikéntjére nézve biztos szabályt levezetni. Legfeljebb azt mondhatjuk, hogy a bizonyítási teher megosztása általában méltányos.

Ezeknek az ellenvetéseknek a megfontolása engem már régebben arra indított, hogy az állítási és bizonyítási teher megosztásának más alapját keressem. Ezt egyelőre a célszerűségben véltem megtalálni.

Abból indultam ki, hogy ha a perben egyáltalában tényeket felhozni és bizonyítani kell, mindenesetre célszerű, hogy a perben a *lehető legkevesebb* tény szerepeljen. A takarékosság, a perőkeconomia azt hozza magával, hogy a tárgyalás lehetőleg egyszerűsítették és a lehető legkevesebb tényre szoríttassék. Ezt pedig az által érjük el, ha mindegyik féltől csak azoknak a tényeknek elő-



adását kívánjuk meg, amelyek magukban véve, *ha semmi más nem történt, ha minden egyébtől eltekintünk*, jogszabály szerint következtetést engednek a féltől kért döntésre. Más szavakkal: mindenik félnek csak azokat a tényeket kell bizonyítani, amelyek a kérelmét megalapító jogszabály tényálladéka<sup>12)</sup>hoz tartoznak és amelyekről annak alkalmazhatósága függ. Azt ellenben, hogy egy más jogszabály tényálladéka is létezik, amely az előbbi szabály hatását kizárja vagy megszünteti, az ellenfélnek kell állítani és bizonyítani.

Ez a *theoria*, amely *minimal-theoriának* is volna nevezhető,<sup>13)</sup> helyesen kezelve igen jó szolgálatot teljesít. Nagyon egyszerűen megmagyarázza az uralkodó tannak a gyakorlatban is elfogadott bizonyítási teher szabályait és kétes esetekben is felvilágosít. Az, hogy a létrejött követelés kifizetését, általában megszüntét az alperesnek kell bizonyítani, egyszerűen abból következik, hogy a bírónak a követelést létrehozó tényektől függő jogszabályt, pl. hogy a kapott kölcsönt vissza kell fizetni — kell alkalmazni, ha annak tényálladéka bizonyos, azt a másik szabályt pedig, amely szerint a visszafizetett kölcsön megfizetését nem lehet követelni, nem lehet alkalmaznia, ha annak tényálladéka kétséges. Az is világos, hogy a felperesnek a jogmegszüntető tények meg nem történtét akkor sem kell bizonyítania, ha a nem teljesítés miatt késedelmi kamatot, kötbért, vagy a bérleti szerződés megszüntetését követeli. Ha kétségtelen, hogy a felperes az alperestől május 1-én bért követelhetett és semmi egyéb nem történt, akkor joga van arra, hogy pl. aug. 1-én alperes kiköltözködését követelje. Nem szükséges semmiféle védelemhez vagy *Fortdauertheorie*-hoz folyamodnunk, sem

<sup>12)</sup> Ez az elnevezés azonban már le van foglalva egy más *theoria* részére, amelyet más megalapítással és részben más eredménnyel is Fitting fejtett ki 1889-ben (*Grundlagen der Beweislast*, ZZP. XIII. p. 79.). Különben az én *theoriám* jelszava (tények, amelyekből magukban véve, ha minden egyébtől eltekintünk... következik) benne van már váltójogi kézikönyvemnek 1877-ben megjelent első kiadásában (295. l. a kifogásokról szóló §-ban), kifejtése pedig az 1888-ban egy hallgatóm által könyomatban kiadott előadásaimban.



pedig arra hivatkoznunk, hogy a felperestől lehetetlen bizonyítást követelnénk, mert hiszen neki nemcsak a nem fizetést, hanem az el nem engedést stb. is, szóval az összes lehető megszűnési okok hiányát kellene bebizonyítani. Az is bizonyos, hogy az a szabály, amely szerint a cselekvőképtelen személy által kötött ügylet érvénytelen, mindaddig nem alkalmazható, amíg tényálladéka-nak valósága nem kétségtelen. A negatív megállapítási kereset megalapításához magában véve elegendő, ha a felperes kimutatja, hogy e megállapítás jogállapotának az alperessel szemben való biztosítására szükséges, mert ha minden egyébtől eltekintünk, a jogviszony nem áll fenn. (Igy volt a bizonyítási teher szabályozva a felhívási perben is.) Ellenben, ha a felperes olyan tényeket hoz fel, amelyek magukban véve a jogviszony létrejöttét megalapítják, akkor az ellene szóló szabállyal szemben neki kell kimutatni, hogy a jogviszony mégsem jött létre, vagy megszűnt. A nem tevésre vagy tűrésre irányuló obligatókból a felperes csak úgy követelhet valamely pozitívumot, pl. kötbért, kártérítést, vagy az alperesnek a szerződés betartására bírság mellett való kötelezését, ha a kötelelem megsértését bebizonyítja, mert erre való joga nincs megállapítva, ha semmi más nem történt, mint az, hogy a nem tevést vagy tevést tárgyzó obligáció létrejött. A felperesnek tehát még egy további jogszabály tényálladé-kát is szolgáltatni kell, hogy követelését a minimummal megalapítsa.

Miután ez a theoria végeredményében arra megy ki, hogy a bíró azokat a jogszabályokat, amelyeknek tényálladéka előtte kétségtelen, alkalmazza, azokat a jogszabályokat pedig, amelyeknek tényálladéka kétségesnek találja, nem alkalmazza, újabban elkezdtem kételkedni arra nézve, hogy a bizonyítási teher megosztásának egyáltalában van-e perjogi szabálya és hogy nem elegendő-e a perjogban csupán a bizonyítás szükségességének szabályát felállítani, amely a megosztási theoria végeredményét már magában foglalja. Úgy látszik, hogy a bíró a bizonyítás szükségességének szabálya mellett semmi további útmutatásra nem szorul, a feleknek pedig legfeljebb azt



a tanácsot adhatjuk, hogy ha valamely jogszabálynak alkalmazása érdekükben áll, annak a tényálladékát érdekükben áll állítani és bizonyítani. Azt, hogy melyek azok a tények, amelyekhez a jogszabály kapcsolva van és amelyeket annak alkalmazhatása végett be kell bizonyítani, az alkalmazandó jogszabály, a polgári perben tehát rendszerint a magánjog mondja meg. Minden attól függ, hogy hogyan szól az alkalmazandó szabály. Ha így szól: aki pénzt kölcsönbe kap, az köteles azt visszafizetni és egy másik szabály mondja meg csak azután azt, hogy a cselekvőképtelen személy jogügyletei érvénytelenek, akkor a felperesnek csak a kölcsönbeadást kell bizonyítani, a cselekvőképtelenség bizonyítása pedig az alperest terheli. Ha ellenben a szabály így szólana: a cselekvőképes személy, aki pénzt kölcsönbe kap, köteles azt visszafizetni, akkor az alperes cselekvőképességét is a felperesnek kell bizonyítani. Az, hogy a jogszabálynak az utóbbi tartalma van, tényleg elő is fordulhat. A felek abban állapodhatnak meg, hogy az átadott pénz abban az esetben, ha az alperes teljeskorú, kölcsön, ha pedig még kiskorú, ajándék legyen. Az alkalmazandó szabály most már a feleknek a törvény által megengedett előre jóváhagyott rendelkezése következtében a törvénynél fogva az, hogy csak a nagykorú pénzátvevő köteles a pénzt visszafizetni és kétségtelen, hogy ebben az esetben a kölcsönből perlő felperesnek kell az alperes nagykorúságát is bebizonyítani. (Mellesleg ez az egy példa is alapos kétséget támaszt Leonhard ama nézetének helyessége ellen, hogy az alperes cselekvőképessége iránt fennmaradó kétség minden esetben a szerződésből perlő felperes terhére esik.)

Ezek szerint tehát úgy látszik, hogy a bizonyítási teher megosztása a magánjogi szabályok elkülönítésétől, tagságától függ és a magánjogba tartozó és a magánjog által megoldandó kérdés. Hogy mi igaz ebből a felfogásból, erre még reá fogunk térni, de hogy az alkalmazandó jog szabályainak külön állása nem lehet a bizonyítási teher megosztásának egyedüli alapja, kiténik abból, hogy a büntetőjog szerkezete lényegileg ugyanaz, mint a magánjogé és mégis a bünvádi perben más a bizonyítás



terhének megosztása, mint a polgári perben. A büntetőjogban is külön szabálya és külön tényálladéka van a beszámíthatóságnak vagy az elévülésnek stb. és mégis a bűnvádi perben nem lehet a büntethetőséget megállapítani, ha a beszámíthatóság vagy az elévülés tényálladéka kétes. Azt lehetne ugyan mondani, hogy ez csak a külső szerkezet dolga és hogy — legalább — a büntető törvénykönyv szerkesztője bizonyos általános szabályokat csak az egyszerűség, a könnyebb áttekinthetőség kedvéért különít el az egyes bűncselekmények szabályozásától, valóban azonban ezek a szabályok, illetőleg azok tényálladéka is, az egyes bűncselekmények szabályaiba és tényálladékába beleinterpretálandók. Ezzel szemben azonban csak arra kell gondolnunk, hogy mind a büntetőjog, mind a magánjog szokásjogon alapulhat és hogy a bizonyítás terhének különböző megosztása ekkor is fennáll. Nem szabad továbbá figyelmen kívül hagyni azt sem, hogy a bűnvádi eljárásban is érvényesül — habár a polgári pertől eltérő módon, — a büntetőjog szabályainak tagoltsága, a tényálladéknak pozitív és negatív hatású tényekre való megosztása. Nem gondolunk itt egyebek között a Btk. 263. §-ának esetére, amely a polgári per értelmében vett kifogást állapít meg, midőn a rágalmazás vagy becsületsértés elkövetésében állított tények valódiságának csak akkor tulajdonít — a §-ban felsorolt feltételek mellett — a büntethetőséget kizáró hatást, ha e valódiság (teljesen) be van bizonyítva. A pozitív és negatív hatású tények az ilyen kivételes esetektől eltekintve is különböző elbírásban részesülnek a bűnvádi eljárásban. Míg ugyanis a büntethetőséget megállapító ítélethez a bűncselekmény alkotó tényeit, pl. a lopás tényálladékát valódiságuk szerint okvetlenül meg kell állapítani, addig a negatív ható tények, — pl. a beszámíthatatlanság tényálladéka, — az ítéletben és a perben is csak akkor kerülnek szóba, ha azokat a védelem felhozta, vagy ha lehetőségüknek jelenségei mutatkoznak.<sup>13)</sup>

<sup>13</sup> V. ö. a törvényes vélelmekről írt fentidézett értekezésem 4. j.-ét, továbbá Hedeman, Die Vermutung 192. és k. l. Az alkotó és



Mindezekből az következik, hogy a bizonyítási terhenek a polgári és büntetőperben való különböző szabályozása, nem az alkalmazandó magán- és büntetőjog szabályainak különböző távolságában és tényálladékában, hanem e szabályok *alkalmazásának* különbözőségében találja okát. A kérdés tehát az, hogy miért kell a polgári perben így, a büntetőperben pedig amúgy alkalmazni a jogszabályokat? A polgári perben elkülönítve, a bűnvádi perben pedig együttesen? Világos, hogy a kérdés megoldását az alkalmazás céljában kell keresnünk.

A polgári perben a bíró azért alkalmazza a jogszabályokat, hogy ezek segélyével eldöntse azt a kérdést, hogy a felperes jogállítása vagy az alperes jogtagadása felel-e meg a valóságnak. Eldöntse elfogulatlanul, annak szem előtt tartásával, hogy előtte mind a két fél egyenlő és hogy neki egyik félnek jogkörét sem szabad sérteni, hanem osztó igazságot kell gyakorolnia. De eldöntse mindenestre. Non liquet nem felelhet. Mit tegyen tehát akkor, ha a tényállás egyik része kétes előtte és nem alkalmazhatja az összes, a kérdés eldöntésére jelentős jogszabályokat. Melyik félnek terhére rója a kétséget? A felperesére? Hiszen ekkor esetleg a valóban létező jogot nem ismeri el. Az alperesére? Hiszen ekkor esetleg nem jogot ismer el. Az egyik esetben éppen olyan igazságtalanságot követne el, mint a másikban. Nehéz kényszerhelyzetében nem adhatunk neki jobb tanácsot, minthogy hagyja figyelmen kívül a kétes tényeket mint pusztá lehetőségeket és döntsön amellet a fél mellett, akinek a bebizonyított tények alapján magában véve, a kétes tényektől eltekintve jogszabály szerint igaza van. Ha már nem szolgáltathat abszolút igazságot, szolgáltatasson relativ igazságot.

Adhatjuk-e a bírónak ugyanezt a tanácsot a büntetőjog szabályának alkalmazására nézve? Kétségtelenül nem. A bűnvádi eljárásban nem két állítólag jogosult egyen-

mentő körülményekre vonatkozó jogszabályokkal való különböző elbánás abban is kifejezésre jut, hogy az utóbbiakról az esküdteknek csak esetleg kell és pedig mellékkérdést feltenni (1914: XIII. t.-c. 9. §.)



értékű ellenérdekekkel van dolgunk, hanem csak egy valódi, a jog által elismert érdekekkel, t. i., hogy a bűnös és csakis a bűnös elvegye büntetését. A nem bűnös büntetése nemcsak az elítélt, hanem az állam érdekét is sérti. Itt non liquetel is lehet a vádra felelni, ez nem sérti annyira az államérdeket, mint az esetleg ártatlannak elítélése. Ezért itt minden kétség a vádat terheli. A kivételeket megokoló külön jogosult érdekek vizsgálatába nem szükséges itt bocsátkoznunk.

A bizonyítási teher megosztásának szabálya ezek szerint *a jogszabályok alkalmazásának szabálya* és mint ilyen *a perjogba* tartozik, vagy általában szólva, az eljárási jogba.<sup>14)</sup> Ezt azonban nem úgy kell érteni, hogy a tehermegosztás kérdése attól függ, hogy a bíró előtt polgári vagy bűnvádi per van-e folyamatban, hanem úgy, hogy irányadó a bíró által eldöntendő kérdés, azaz az a körülmény, hogy minő célból kell neki az illető jogszabályokat alkalmazni. Ezért, amidőn a bírónak a polgári perben kell a büntetendő cselekményt mint olyant megállapítani, neki ebben a kérdésben a bűnvádi teherviselési szabályokat kell alkalmaznia. Így, ha perújítás esetében a Pp. 563. §-ának 7. és 8. pontjában említett bűncselekmények felett kell a Pp. 564. §-ának 3. bekezdése alapján határoznia, a polgári bíró azt a kérdést, hogy a bűncselekmény, pl. a hamis tanuzás bűncselekménye megállapítható-e, ha a beszámíthatóság „a bizonyítékok hiánya okából” kétes, éppen úgy kell eldöntenie, mint ahogy ezt a büntető bírónak el kellett volna döntenie. Más kérdés, hogy minő bizonyítékokat vehet figyelembe. Ebben a kérdésben már a polgári per szabályai irányadók. Viszont, ha a büntetőbíró a bűncselekmény magánjogi következményei felett határoz, a magánjog, az enyim-tied kérdésnek eldöntésére alkalmas tehermegosztási szabályokat

<sup>14)</sup> A bűnvádi eljárás teherviselési szabályához hasonló teherviselési szabállyal találkozunk a perenkívüli eljárásban is. Így pl. a házasság megkötése körüli eljárásban. Továbbá a polgári per létrejötte körüli eljárásban. A hivatalból figyelembe veendő pergátló körülménynek nem szabad kétesnek maradnia, hogy a per létrejőjön, illetőleg hogy mulasztási ítéletet lehessen hozni. (Pp. 225. §. 1. és 443. §. 2. p.)



kellene alkalmaznia, ha a tényállás valamely része kétes marad, csakhogyan ilyenkor a Bp. 5. és 486—491. §-a értelmében a kérdést a polgári eljárásra fogja utasítani. Ellenben, ha a büntető bírónak azért kell a magánjogi kérdésben döntenie, hogy megállapíthassa, vajjon forog-e fenn bűncselekmény és milyen, akkor a büntetőbíró a bűnvádi eljárás szerint határoz. A Bp. 7. §-ának ez a rendelkezése nyilván nemcsak azt jelenti, hogy a bíróságnak ki kell nyomoznia a magánjogi tényállást és annak bizonyításánál a bűnvádi eljárás szabályait kell alkalmaznia, hanem hogy a tényállással éppen úgy kell elbánania, mint a bűncselekmény megítélésében szükséges egyéb tényálladékkal. Így bizonyos ugyan, hogy a büntetőbíró pl. a lopás tényálladékanak azt az elemét, hogy a dolog idegen a magánjog szabályai szerint ítéli meg, de ha a bűnvádi eljárás adataiból kétséges, hogy a dolog nem volt-e a vádlott tulajdona, azaz kétséges, hogy a dolog idegen, volt-e, felmentő ítéletet kell hoznia, holott ugyanazon tényálladék mellett, a polgári bíró a vádlott tulajdoni keresetét elutasította volna, mert neki a kétséget az ő terhére kellett volna róni. Az alkalmazandó jog a polgári perben ugyanaz, de az alkalmazás célja más.<sup>15)</sup>

A bizonyítási teher megosztásának itt kifejtett oka megmagyarázza a megosztás terjedelmét is, megokolja a lehető legkevesebb elvét. Ezzel elértünk ahhoz a határhoz, amelyet nézetem szerint a bizonyítási teher megosztásának kérdésében a proceszualista egyáltalában elérhet. Kétségtelen, hogy ezzel nem oldottuk meg az összes nehézségeket, amelyek a bizonyítási teher megosztásának kérdésében in concreto felmerülhetnek. Az a kérdés, hogy melyek tehát azok a tények, amelyek valamely jogszabály alkalmazásához szükségesek és magukban véve elegendők, még nincs megoldva. De ez a kérdés nem is a bizonyítási teher megosztásának kérdése, hanem a magánjogi szabály tényálladékanak kérdése. Azt a magánjog-

<sup>15)</sup> A szöveg álláspontját az is igazolja, hogy a magánjognak törvényes vételei a büntető bírót nem kötik (Hedemann az i. h. 196. l.) és támogatja, hogy a polgári bírónak a praejudicialis magánjogi kérdésben hozott ítélete a büntető bíróságra nem kötelező. (Bp. 7. §., II.)



nak kell megmondani, hogy melyek azok a viszonyok, amelyeket szabályoz és hogy miképpen szabályozza azokat, más szavakkal, hogy mely tényálladékhhoz kapcsolja a jogi hatást és hogy miben áll ez a jogi hatás. Különösen feladata a magánjogi törvény szerkesztőjének, hogy a tényállást ne csak szabatosan, hanem célszerűen is állapítsa meg. Neki gondolni kell arra is, hogy a tőle szándékolt joghatásoknak a perben is meg kell állapíttatniuk, hogy szabályainak a per tűzpróbáját is ki kell majd állaniuk. A tényállást pedig praktikusabban kell megállapítania, úgy hogy szándéka ne maradjon a *difficultas probandi* miatt csak a papíroson.<sup>16)</sup> Erre nézve különösen két mód áll rendelkezésére. Egyrészt, hogy olyan tényállást választ, illetőleg olyan tényállásra tér át, amelynek a perben való megállapítása nem jár a célt meghiusító nehézséggel, másrészt pedig, hogy a tényállást és ennek megfelelőleg a joghatást is megfelelően tagolja. E mellett a törvényhozó a *bizonyítási terhet vélelmekkel vagy közvetlenül is* szabályozhatja, mintegy mankókkal láthatja el a tehetetlen jogszabályt, hogy neki a járást megkönnyítse. Ezek a módok azonban csak formailag különböznek a tényállás tagolásától, valóban ezek is tényállás-megállapítások. A praktikabilitás szempontjából megkorrigálják a törvényhozó eredeti gondolatának megfelelően szövegezett tényállást. Technikus segédeszközei a törvényhozónak a tényállás szövegezésében éppen úgy, mint az ú. n. tulajdonképpeni törvényes vélelmek.<sup>17)</sup> Valamennyien megfelelő tagolás útján másképp is szövegezhetők, anélkül hogy ez az eredményt megváltoztatná. Ehhez képest sem a *vélelmek*, sem a magánjognak a *bizonyítási teherre vonatkozó szabályai nem a bizonyítási teher megosztásának szabályai*, nem a perjogból vannak a magánjogba korektívumokként átültetve, hanem *lényegük szerint a*

<sup>16)</sup> Thering, Besitzwille 145. és k. l. Az ő alapfelfogását tovább kifejteni és corrigálni igyekeztem a perbeli beismerésről írt értekezésben 8. és k. l. (ebben a kötetben 194. s. köv. l.)

<sup>17)</sup> L. ezekre a törvényes vélelmekről írt magyar és német értekezésemet.



*magánjogba tartoznak*, mint a magánjogi szabályok tényálladékának meghatározásai.

Az a praktikabilitás, amelyet a jogszabályok tényálladékának megállapításában és tagolásában a magánjogi codex alkotójának feladata szem előtt tartani a mindenkori gyakorlati szükséglet okából és ennek megfelelően létrejött jogban, tehát nevezetesen a szokásjogban is, természetsszerűen érvényesül.

Ugyanaz a feladata mint a törvényhozónak, van a tudománynak is, akár interpretál, akár jogot alkot, mely két tevékenységet tartalmilag nem is lehet élesen elkülöníteni. A magánjog tudományának feladata nevezetesen tisztábahozni azt, hogy mi a magánjogi szabály tartalma, nélkülözhetetlen tényálladéka, a tényálladék egyes részének jelentősége, szóval a magánjogi szabály egész vis ac potestas-át. Ezen a téren a magánjogász hivatása az *ars boni et aequi*-l gyakorolni.



## VI.

### A TÖRVÉNYES VÉLELEM TERMÉSZETE\*

Újabbán ismételve megvizsgáltam azt a kérdést, hogy a bíró a tárgyalási elven nyugvó polgári perben a félnek tényállítását csak akkor fektetheti-e ítéletének alapjául, ha annak valóságát figyelembe vehető tudomása, az ellenfélnek perbeli beismerése, köteles nyilatkozatának elmulasztása vagy bizonyíték alapján megállapítja, avagy hogy a tényállítás már magában véve kétségtelennek tekintendő és ítéleti alapul szolgál-e, mindaddig, amig az ellenfél azt kétségbe nem vonja.

Nem akarom itt ezt a kérdést egészen kifejteni, hanem vizsgálódásomnak csak egyik mellékeredményéről számolok be.

Vizsgálódásaimnál első pillanatra úgy láttam, hogy igen kapóra jön az az elterjedt tantétel, hogy a magánjog, de a perjog is bizonyos esetekben meghagyja a bírónak, hogy valamely tényállítást mindaddig, amig az ellenkezőt be nem bizonyítják, valónak tartson. Unger<sup>1)</sup> ezeket az eseteket, melyeket szintén vélelemnek szokás nevezni, megkülönbözteti a tulajdonképeni törvényes vélelemektől és „Interimswahrheit“, előzetes valóság névvel jelöli meg

\* Megjelent a Jogállam 1912. évi XI. kötetének 1—2. (jubiláris) füzetében és németül: Die Natur der gesetzlichen Vermutungen aus der Festschrift für Adolf Wach (Leipzig 1913) címen.

<sup>1)</sup> Unger, Syst. II. k. 130. §. 598. és k. l., hasonlólag Windscheid, Pandekt. 6. kiad. 133. §. 11. j. és Regelsberger, Pandekt. I. k. 195. §. 14. j., aki ezeket gesetzliche Fürwahrannahme elnevezéssel jelöli meg.



azokat. Ilyen előzetes valóság volna pl. az osztrák ptk. 23. §-ában a gyermek élve születésére nézve megállapított vélelem,<sup>2)</sup> vagy a perjogban a közokirat valóságának vélelme (új Pp. 335. §.). A különbség a törvényes vélelem és az Interimswahrheit között az volna, hogy amíg az előbbinek esetében a törvény azt hagyja meg a bírónak, hogy az egyik tényállítás valóságából egy másik tényállítás valóságára következtesse, addig az utóbbinak esetében a bírónak a perben jelentős tényállítást már magában véve, minden következtetés nélkül valónak kell tartania. Az előbbi csak a bizonyítási tételt változtatja meg és csak megkönnyíti a bizonyítást, az utóbbi ellenben magát a bizonyítás terhét változtatja meg, felment a bizonyítás alól.

Feltéve már most, hogy a dolog valóban úgy áll, amint ezt a vázolt tan előadja, akkor a törvényhozó minden előzetes valóság megállapításával egy perjogi szabályt állítana fel, amely szerint bizonyos tényállításokat a bíró már magukban véve, valóságuknak minden megállapítása nélkül, ítéletének alapjául köteles fektetni. Ebből azután azt az erős következtetést vonhatnánk le, hogy mindenütt, ahol a törvény valamely állításra nézve ezt a különös szabályt nem állítja fel, feltételezi, hogy a bírónak a tényállítás valóságát meg kell állapítania, hogy azt ítéletének alapjául fektethesse.

Ámbár ez a következtetés megerősítené azt az általános szabályt, amelyet én különben is helyesnek tartok, hogy a bíró csak megállapított tényeket fektethet ítéletének alapjául, mégis szükségesnek láttam azt a tételt közelebbről megvizsgálni, hogy vajjon valóban perjogi szabállyal van-e dolgunk, amidőn valamely u. n. előzetes valósággal találkozunk és hogy vajjon ezek kivételt állapítanak-e meg az általános szabály alól.

Mindenekelőtt azt az esetet tartottam szem előtt, ha a fél a vélelmezett ténnyel ellenkező tényre alapítja jogát,

<sup>2)</sup> A n. ptk. és a T. nem ismeri ezt a vélelmet. Nincs is reá szükség, mert az élve vagy halva születés ma már biztosan megállapítható és azt az anyakönyv hitelesen tanúsítja. Részemről azért választom ezt a példát, mert tiszta típusa az előzetes valóságnak.



pl. a felperes az osztrák ptk. szerinti örökösödési jogát arra a tényre alapítja, hogy a gyermek halva született. Kétségtelen, hogy e tényállítás valóságának a perbeli megállapítása éppen úgy történik, mint bármely más tényállítás valóságának a megállapítása. Az ellenfélnek erre a tényállításra nyilatkoznia kell és ha nem nyilatkozik, a bírónak a tényállítás valóságát meg kell állapítania, anélkül, hogy az ellenkező törvényes vélelemmel, az úgynevezett paranccsal törődnie szabadna.

Azt lehetne ugyan erre mondani, hogy hiszen az említett tan szerint az előzetes valóság esetében a vélelem csak a tényállítás, t. i. az élve születés állításának valósága mellett és nem az élve születés tényének a valósága mellett szól. Azonban ez ellen a felfogás ellen nézetem szerint le nem küzdhető aggályok merülnek fel. A törvényhozó, aki az élve születést vélelmezi, vagy általában valamely előzetes valóságot állít fel, ezt — mondjuk egyelőre — rendszerint azért teszi, mert a tényt tartja valószínűnek, az esetek tulnyomó többségében megtörténtnek. Már most azt kell kérdeznünk, hogyan jusson a törvényhozó, aki ebből az alapgondolatból indul ki, ahhoz, hogy a tényt csak akkor tartsa valószínűnek és megtörténtnek, ha a fél a tényt állítja, ellenben ugyanezt a tényt már ne tekintse többé megtörténtnek, mihamarabb a perben a fél az ellenkező tényállásra alapítja jogát. A törvény tényleg nem esik bele ebbe a következetlenségbe. Legalább sehol sem mondja azt, hogy csak arra az esetre állapítja meg a vélelmet, ha a vélelmezett tényt állítják és csak annak a félnek a javára, aki azt állítja. A törvény, amely a vélelmet felállítja, egyáltalában nem dolgozik állításokkal, hanem tényekkel és nem csak a tárgyalási elven alapuló perre való tekintettel, hanem mindenféle perre való tekintettel, vagyis helyesebben a per szabályaira való tekintet nélkül állítja fel a vélelmeket, amelyek éppen azért minden olyan eljárásban, amelyben az ügy a bizonyítási teher u. n. materiális megosztása szerint döntendő el,<sup>3)</sup> alkalmazandók.

<sup>3)</sup> Nincs materiális megosztás a bünvádi eljárásban és azért ott nincs törvényes vélelem, de nincs kifogás sem. Különben a kérdés



Az olyan eljárásban, amelyben az officialitás elve uralkodik, a bíró csakis a vélelem ellen szóló okokat is hivatalból fogja figyelembe venni, de ha egyébként a bizonyítási teher materialis megosztásával kell eljárnia, a vélelmet, ha az ellenkező tényállás valóságáról meg nem győződik, alkalmaznia kell. Így pl. a házassági perben a bíró, habár hivatalból is kell eljárnia, a közokiratot valódinak fogja tekinteni, amíg annak ellenkezőjéről meg nem győződik.<sup>4)</sup>

Látjuk tehát ezekből, hogy azt az értelmet, hogy a vélelem csak az állító fél javára szól, csakis a doktrina fektette bele a törvénybe. Ha pedig a dolog úgy áll, hogy az előzetes valóság nem a tényállításra, hanem a tényre vonatkozik, akkor az is bizonyos, hogy az előzetes valóság nem lehet a bíróhoz intézett perjogi parancs, amely szerint ő valamely tényt valónak köteles tekinteni, mert hiszen ezt a perjogi ténymegállapítás szabályaitól független és annak felette álló parancsot akkor is alkalmazni kellene, ha a fél a vélelmezett ténnyel ellenkező tényre alapítja jogát, holott, amint láttuk, a tárgyalási elven alapuló perben az ilyen állítás az ellenfél köteles nyilatkozatának elmulasztásával is megállapítható, anélkül, hogy a bírónak a vélelemmel törődnie szabadna.

A doktrina ezeken, a tudtommal kellően fel sem ismert nehézségeken azzal igyekszik átsiklani, hogy a véle-

nincs kellően tisztázva. Némelyek szerint bizonyos vonatkozásokban nevezetesen a büntetést kizáró okok tekintetében (elévülés, a kíséreltetől való önkéntes elállás stb.) a bizonyítás terhe a vádlottat illeti, l. Glaser, Beiträge z. Lehre v. Beweis, 90. és köv. l., Kries, Strafproz. 341, 342. l. Mindenesetre nincs kizárva, hogy a büntetőtörvény is megosztja a tényállást és a bizonyítási terhet, így pl. a Birkmeyer által, Strafproz. 91. és 92. l. idézett német u. n. melléktörvények. Birkmeyer ezeket az eseteket a törvényes vélelmek közé sorozza, l. Kries is, Strafproz. 10. és 266. l.

<sup>4)</sup> Hogy a házasság semmisége iránt indított perben, amelyben arról van szó, hogy az egyik házasság ugyanannak az apának törvényes, a másik pedig törvénytelen gyermeke, a bíró nem fogja alkalmazni a törvényesség vélelmét, hanem ettől függetlenül állapítja meg a valódi tényállást, ennek az az oka, mert ebben a perben nem a törvényesség tényálladékaról, hanem a vérrokonság tényálladékaról van szó.



lem vagy legalább az előzetes valóság esetében a bizonyítási teher általános szabálya alól kivételt állapít meg, amelynek értelmében a bizonyítás terhe megfordul, t. i. nem az állító, hanem a tagadó félnek kell bizonyítania. Ebben a felfogásban nézetem szerint úgyszólván atavistikusan jelentkezik az a régi rossz teoria, amely szerint általában *probare debet is cui praesumptio adversatur*, holott a bizonyítási teher valódi szabálya az, hogy annak kell bizonyítani, akinek valamely tényállítás valósága, az arra vonatkozó jogszabály alkalmazhatása végett érdekében áll és csak a törvényhozónak kell arra gondolnia, hogy a szabály tényálladékanak megállapításánál a bizonyítás terhe méltányosan osztassék meg és esetleg a valószínűség is figyelembe vétessék. Egyébiránt itt ismét azt kell kérdeznünk, hogy miért fordítja meg a törvényhozó az előzetes valóság esetében a bizonyítás terhét, azaz más szavakkal, miért tekint el egyelőre a vélelmezett tény megállapításától, miért rendeli el azt, hogy a bíró ezt a tényt megállapítás nélkül ítéletének alapul fektesse? Nyilván azért — ha ugyan itt csakis a bizonyítási teher szabályozásáról van szó, — mert azt valónak, legalább egyelőre valónak tekinti és mert azt akarja, hogy azt a bíró is valónak tekintse. Szóval az a tétel, hogy az előzetes valóság esetében csak a bizonyítási teher változik, tulajdonképpen csak más szövegezése annak a tételnek, hogy a törvény megparancsolja a bírónak, hogy valamely tényt egyelőre valónak tartson.

Ezek között a nehézségek között eszembe jutottak a fikciók, amelyekre nézve a doktrina már régebben megállapította, hogy azok a törvényhozási technikának kifejezési módjai és eszembe jutottak különösen a *praesumptio juris et de jure* esetei, amelyekre nézve már én is és mások is régebben tisztába jutottunk azzal, hogy azok tulajdonképpen csak a törvényes tényálladék megállapításának különös alakjai. Közel feküdt, hogy az előzetes valóságra nézve is feltételezzem, hogy az nem egyéb, mint a tényálladékok meghatározásának egyik különös alakja, a törvényhozó egyik kifejezési módja. És azt hiszem, hogy e feltételezésem megfelel a valóságnak, vagy



legalább is jobb, mint az eddigi előttem ismeretes feltételezések.

Ha közelebbről megnézzük az u. n. előzetes valóságokat, azt látjuk, hogy azokat ugyanazzal a hatállyal másként is, minden vélelem nélkül ki lehet fejezni. Pl. a gyermek élve születésének véelmét úgy, hogy a törvényhozó mindenütt, ahol valamely jog létrejött a gyermek élve születésétől függ, a joghatályt nem a gyermek élve születéséhez, hanem születéséhez köti és e mellé a szabály mellé egy másik szabályt állít oda, amely szerint a gyermek születéséhez kötött hatály azonban nem áll be, ha a gyermek halva született. Csak a szövegezés dolga, ha e helyett a törvényhozó a joghatályt a gyermek élve születéséhez köti, de attól, hogy a született gyermek csakugyan élt, egyelőre, az ellenkező bebizonyításáig eltekint, vagy még más szavakkal, az élve születést megtörténtnek tekinti, vagy vélelmezi. A törvényhozó mindezekben a szövegezési módzatokban tulajdonképen ugyanazt a gondolatot fejezi ki. Arra nézve, hogy a törvényhozó a vélelem alakját a szabály és a kivétel alakjával is felcserélheti, példáulul szolgálhat egyebek között, hogy amíg az osztrák ptk. 1460. §-a az elbirtokláshoz a birtokos jóhiszeműségét is megkívánja, azonban 328. §-ában a jóhiszeműséget vélelmezi, addig a n. ptk. 937. §-a és a T. 633. §-a is ugyanezt a gondolatot már a szabály és a kivétel alakjában fejezi ki. Általában ide tartoznak mindazok az esetek, amelyekben különösen a régibb törvényhozás és a doktrina a bizonyítási tehernek, illetőleg a tényállásnak a bizonyítási teher szempontjából a szabály és kivétel szerinti megosztását vélelem alakjában fejezte ki. Hogy ezek között az esetek között és az előzetes valóság között a jogász elbánás szempontjából, különösen ami az állítási terhet illeti, nincs semmi különbség, ezt alább fogom kifejteni. Előbb azonban áttérünk az u. n. tulajdonképeni, vagy technikus értelemben vett törvényes véelmekre.

Az a tételünk, hogy az előzetes valóság csak különös alakja a törvényes tényállás meghatározásának, a tulajdonképeni törvényes véelmekre is áll. A törvény az ilyen



vélelem felállításával is voltaképen két tényállást állapít meg valamely joghatály szempontjából. Az egyiket t. i. a vélelmezett tényállást feltétlenül, a másikat, a vélelem praemissáját képező, vagyis a vélelmező tényállást pedig csak mint rendszerinti tényállást azzal a kivétellel megterhelve, hogy a joghatály nem következik be, ha a vélelmezett tény meg nem történt. A törvény pl., a mely azt mondja, hogy a gyermek akkor törvényes, ha azt a férj nemzette, de ha a gyermek a házasságkötés után bizonyos idő múlva, vagy a házasság megszűnése után bizonyos időn belül született, azt vélelmezi, hogy a gyermeket a férj nemzette, voltaképen a törvényességnek két tényállását állapítja meg. Az egyik tényállás az, hogy a gyermeket a férj nemzette, a másik tényállás pedig az, hogy a gyermek a házasságkötés után bizonyos idő múlva, vagy a házasság megszűnése után bizonyos időn belül született, ez az utóbbi tényállás azonban meg van terhelve azzal a kivétellel, hogy a gyermek nem törvényes, ha azt nem a férj nemzette. Mindez úgy látszik, egész analog ezzel: a közokirat valódisága vélelmeztetik, — más szavakkal: a közokirat bizonyít, — kivéve, ha nem valódi, azaz hamis.

Vannak, a kik, habár legalább tudtommal nem ebből az okból, azt vitatják, hogy az u. n. előzetes valóság és a technikus értelemben vett praesumptio juris között nincs különbség.<sup>5)</sup> Némelyek szerint azért, mert a bírónak az előzetes valóság esetében is következtetni kell egyik tényről a másikra, azaz mert az előzetes valóságnak is megvan a praemissája, mások szerint azért, mert mind a két fajta vélelemnél egyformán a bizonyítási teher különös szabályozásáról van szó. Abból a szempontból, a melyből én vizsgálom a kérdést, t. i. a törvényes tényállás meghatározásának szempontjából, a két alakzat között

<sup>5)</sup> Burckhard, Die civilist. Präsumtionen 212. és 332. és k. l., Leonhard, Beweislast 263. l., Hedemann, Die Vermutung, 282. l. A n. prts (új) 292. §-a nem teszi meg a különbséget, ellenben a mi Pp.-unk 272. §-a utal rá, amidőn érintetlenül hagyja mindazokat a magánjogi szabályokat, amelyek szerint valamely ténykörülmeny egyáltalán, vagy az ellenkező bebizonyításáig valónak tartandó, mind pedig a törvényes vélelmeket.



van bizonyos különbség, e különbség azonban megint csak azt igazolja, hogy mind a két esetben csak a tényállás különös meghatározásával van dolgunk. A törvényhozó ugyanis a vélelmek esetében a tényállás meghatározásánál kétféle módon járhat el. Az egyik mód az, hogy kihagy valamit az ideális tényállásból. Pl. kihagyja azt, hogy a gyermek a születés után élt, vagy kihagyja azt, hogy a közokirat valódi. Ez az előzetes valóság. A másik mód az, hogy az ideális tényállástól nemcsak quantitative, hanem qualitative is eltérő tényállást állapít meg. Ennek a megkülönböztetésnek alapján egyébiránt arra is reá jövünk, hogy az előzetes valóság tanának hívei nem mindig helyesen sorozzák az eseteket ebbe a kategóriába. Így pl. az osztr. ptk. 1237. §-ának az a vélelme, hogy az ígért nászajándék a házasság első három éve alatt már átadatott, amelyet Unger az előzetes valóságok közé soroz, az ideális tényállástól qualitative különböző tényállást állapít meg, tehát u. n. valóságos vélelem. A római jogban a commoriensek egyikének korábbi halálára nézve megállapított vélelem, melyet Unger szintén előzetes valóságnak minősít, éppen úgy mint a n. ptk. 20. §-ában és Terv. 15. §-ában a közös veszélyben elhaltak egyidejű elhalására nézve felállított vélelem hasonlólag nem előzetes valóság, mert tényállása a közös veszély tényének beállítása következtében qualitative különbözik az ideális tényállástól.

A különbség az előzetes valóság és a tulajdonképeni vélelem között tehát csak a tényállás megállapítási módszeren belül érvényesül. Az előbbinél a tényállás csak kevesebb, mint az ideális tényállás, az utóbbinál ellenben nemcsak kevesebb, hanem más is. A különbség tehát nem valami lényeges, az u. n. vélelem fogalmára kiható, hanem csak alosztályozásul szolgálhat. Amint mindjárt látni fogjuk, a különbségnek a jogszabály alkalmazásában sincs semmi jelentősége, az egyik vélelem a gyakorlatban épen úgy viselkedik, mint a másik. Mielőtt azonban erre rátérnék, még azt a tételmet akarom megvilágítani és megerősíteni, hogy az u. n. tulajdonképeni vélelem is csak a tényállás megállapításának különös alakja.



Mindenekelőtt felette érdekes, hogy a classicus római jogászok, akik a praesumptio szót egyáltalán nem használták, mint jogi technicus terminust,<sup>6)</sup> a praesumptióknak úgyszólván királyát, a gyermek törvényességének u. n. vélelmét nem nevezik praesumptiónak. Paulusnak (l. 5. D. 2., 4.) közmondásossá vált tétele azt mondja: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. Azaz: az apa az, akire a házasság reá mutat. Magának az apaságnak, nem pedig az apaság vélelmének tényálladéka a házasságból meritendő. Ez az apaság gyakorlati tényálladéka. Ezzel szemben az ideális tényálladék az, amelyet Ulpian (l. 6. D. 1., 6.) ad elő: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Ez a definitio, a fogalom meghatározása. Ezzel a definitióval azonban Ulpian nem akarja a gyakorlati tényálladékot mellőzni, sőt egyenesen feltételezi azt, amidőn folytatólag azt mondja: Sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. (Ez ismét a gyakorlati tényállásból van meritve.) Ezután még Scaevolára hivatkozva hozzá teszi, hogy a gyermek akkor sem a férjé, ha ez betegség okából, vagy más okból bizonyos ideig nem közösült nejével, vagy nemzés-tehetetlen volt. A forráshely egészéből tehát világos, hogy Ulpian csak azért állítja az ideális tényállást fejtegetése élére, hogy a gyakorlati tényálladékhöz kötött szabály alól tett kivételeket mego-  
kolja. Csakis mint tényálladékot említi fel Ulpian a férj halála után tíz hónappal való születést, amelyhez egyszerűen hozzáfűzi a jogi következményt, amidőn l. 3. §. 11. D. 38., 16. azt mondja: Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. És nem csupán vélelmet állapít meg a következő 12. §. sem, amely sze-

<sup>6)</sup> Hedemann, Vermutung, 6. l. és arra nézve, hogy a digestákba a praesumptio, mint technicus terminus interpolatio útján jutott bele, 15 és köv. l. Jellemző, hogy a Dig.-nak, de probationibus et praesumpti-  
onibus szóló titulusában (22., 3.) a praesumptio szó csak kétszer fordul elő (1. 24. és 25.)



rint: De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum, nec videri in servitutem conceptum, quum mater ipsius ante centesimam octogesimum secundum diem esset manumissa. Ulpian itt is közvetlenül az előadott tényálláshoz kapcsolja a jogi hatályt, t. i. hogy a gyermek mint szabad született. Nem vélelmet fejez ki a l. 12. D. 1., 5. sem, amelyben Paulus Hippocrates auctoritására hivatkozva azt mondja, hogy credendum est eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. A jogász a hetedik hónapban való születéshez nem a férj által való nemzés vélelmét, hanem egyenesen a törvényesség jogi következményét kapcsolja.

Annak példája, hogy a törvényes vélelmet szabály és kivétel alakjában is ki lehet fejezni, a n. polg. tkv. 1591. §-ában is található. Ez a §. azt a vélelmet, hogy a gyermeket a férj nemzette, ha a gyermek a házasság megkötése után született és az asszony a gyermeket a házasság előtt vagy után foganta és a férj az asszonnyal a fogantatási időben közösült, akként fejezi ki, hogy e tényállás alapján a gyermek törvényes, azaz a törvény a vélelem praemissájához nem a férjtől való fogantatás vélelmét, hanem magát a törvényesség joghatályát kapcsolja. Az ehhez a tényálláshoz kötött szabály mellé azután a törvény egy kivételt állít fel, amely szerint: a gyermek nem törvényes, ha a körülmények szerint nyilván lehetetlen, hogy az asszony a gyermeket a férjtől foganta. A törvény tehát azt az eredeti gondolatát, hogy a gyermek tulajdonképpen csak akkor törvényes, ha a férj nemzette, szabályként ki sem fejezi, hanem csak a kivételben mutatja némileg érvényre. Vélelmet a törvény csak az 1591. §. második bekezdésében állít fel, kimondván, hogy: „Vélelmeztetik, hogy a férj az asszonnyal a fogantatási időben közösült. Amennyiben a fogantatási idő a házasság előtti időbe esik, a vélelem csak akkor áll fenn, ha a férj meghalt, anélkül, hogy a gyermek törvényességét megtámadta.” Kétségtelen, hogy ezt a vélelmet is ki lehetne a törvényből hagyni anélkül, hogy a törvény értel-



me megváltoznék. Pl. igen egyszerűen akként, hogy a törvényesség tényálladékaiból a közösülésre vonatkozó részt elhagyva, a kivétel tényálladához kapcsoljuk hozzá, hogy a gyermek nem törvényes akkor sem, ha a férj az asszonnyal a fogantatási idő alatt nem közösült. A törvény második bekezdését azután esetleg más elhelyezéssel következően lehetne szövegezni: Ha a gyermek fogantatási ideje a házasság előtti időbe esik és a férj a gyermek törvényességét megtámadta, a gyermek csak akkor törvényes, ha a férj az asszonnyal a fogantatási idő alatt közösült.

A n. ptk. első tervezete inkább a vélelmek nyelvén volt szövegezve, mint a törvény. Az I. terv. ugyanis 1466. §-ában mindenekelőtt az ideális tényállást mondotta ki, t. i. azt, hogy a gyermek törvényes nemcsak akkor, ha azt asszony a férjtől a házasság alatt foganta, hanem akkor is, ha e fogantatás a házasság előtt történt és a gyermek a házasság után született. 1468. §-ában azután azt a vélelmet állította fel, hogy a gyermeket, akinek fogantatási ideje egészben vagy részben a házasság tartamába esik, a férj nemzette, amely vélelmet az 1469. §. szerint csak annak bizonyításával lehet megerősíteni, hogy a férj nejevel a fogantatási idő alatt nem közösült.

A mi Tervezetünk 186. §-a szintén mellőzi szövegezésében a vélelmet, kimondván, hogy: „A házasság fennállása alatt fogant vagy született gyermek törvényes, ha a férj az anyával a gyermek fogantatási időszakában közösült.” 187. §-ában ezután a közösülésre állít fel vélelmet. A T. tehát a törvényesség ideális tényálladékát, hasonlólag mint a német törvény, nem említi fel, sőt azt még ennél is jobban elejti, amidőn még a férjtől való fogantatás lehetetlensége esetére sem tesz kivételt az ideális tényállás javára. A T. szerint tehát pl. a férj, aki hosszas távollét után nejevel, aki 100 nap óta mástól teherbe van ejtve, közösül, az ettől számított 181-ik napon született gyermeknek törvényességét a legkétségtelenebbül megállapított tényállás mellett sem támadhatja meg sikerrel. Sajátságos, hogy az indokolás ezt a különlegességet fel sem említi, sőt nem is jut annak tudatára, mert azt mond-



ja, hogy a T. álláspontja megfelel a külföldi törvényhozások szabályozásának, nevezetesen az osztr. ptk. 138., 155. és 158. §-ának és a n. ptk. 1591. §-ának is. Holott a T. inkább a n. ptk. I. tervezetét követte.

Annak a tételünknek a valósága, hogy a törvényes vélelem esetében valamely jogszabálynak kettős tényálladékával van dolgunk, különösen akkor ötlük szembe, ha a praesumptio juris-t a praesumptio juris et de jure-vel hasonlítjuk össze. Mind a kettőnél az eredeti tényállás mellett egy második tényállás van megállapítva. A különbség csak az, hogy a praesumptio juris et de jure esetében a második tényállás az eredeti tényállással egyenértékű, azt teljesen pótolja, míg az egyszerű praesumptio jurisnál a második tényállás gyengébb hatású, azaz kivétellel van meggyöngítve.

Hogy a két praesumptionnak közös természete van és hogy azok ugyanannak a törvényhozási műveletnek csak módoszatai, abból is kitűnik, hogy közöttük a határvonalat nem is lehet élesen megvonni. Lehetséges ugyanis, hogy a törvényhozó az egyszerű törvényes vélelem esetében is csak igen szűk körben és igen korlátoltan engedi meg, hogy a vélelmező tényállással szemben eredeti eszméje érvényesüljön és viszont az is lehetséges, hogy a praesumptio juris et de jure tényállásában is az eredeti tényállásra való tekintettel kivételt állapít meg. Az előbbi példája a törvényesség vélelme, amely ellen az úgynevezett ellenbizonyítás csak igen korlátoltan van megengedve (a nemzés lehetetlensége), az utóbbi a ker. törv. 261. §-ának 2. bekezdésében fordul elő, ahol a törvény az alól a vélelem alól, hogy a kereskedő által kiállított kötelezvény a a kereskedelmi üzlet folytatásához tartozónak tekintetik, azt a kivételt teszi: „ha ennek ellenkezője magából az okmányból ki nem tűnik“, amely kivétel ugyan rendszert külön bizonyításra nem szorul, azonban abban az esetben, ha az okirat elveszett, kétségtelenül bizonyítás tárgya lehet.

Az eddigi fejtegetéseink eredménye ellen azt lehetne felhozni,\* hogy hiszen kétségkívül lehetséges, hogy a törvényhozó a vélelmet tényállás megállapítás alakjában is



kifejezheti és közvetlenül a vélelmező tényállásához is kapcsolhatja a jogi hatályt, mert hiszen a végén a törvényhozó mindenható, azonban ha ezt nem teszi, annak megvan a maga jelentősége, ez a jelentőség pedig abban áll, hogy ott, ahol a törvényhozó a vélelem alakját választja és a jogi hatályt a vélelmezett tényhez kapcsolja, ezt a vélelmezett tényt a perben állítani kell, hogy a bíró a joghatályt alkalmazhassa.<sup>7)</sup> El kell ismernünk, hogy ennek az ellenvetésnek döntő sulya volna, ha t. i. az csakugyan megállana.

Nézzük meg, hogy igaz-e, hogy vélelem esetében a vélelmezett tényt állítani kell.

Tegyük fel, hogy a vélelemmel a törvény csakugyan azt mondja ki, hogy a bírónak valamely tényt valónak kell tartania, vagy hogy egyik tényből egy másikra következtetnie kell. Kétségtelen, hogy a törvénynek ez a kijelentése jogszabály, amelyet a bírónak hivatalból kell alkalmaznia,<sup>8)</sup> azaz már hivatalból valónak kell tartania a tényt, hivatalból következtetnie kell annak megtörténtére. A félnek tehát, aki mellett a vélelem szól, fundata indentiója van akkor is, ha csupán csak a vélelmező tényt állítja. A fél pl., aki örökösödési jogát a T. 15. §-a értelmében arra alapítja, hogy többen egyidejűleg haltak meg, állíthatja azt, hogy az illetők egyidőben haltak meg, mert közös veszélyben haltak meg, de állíthatja csupán csak azt is, hogy közös veszélyben haltak meg és e mellett hivatkozhatik vagy nem is hivatkozhatik a T. 15. §-ára. A törvény a vélelmet nemcsak a bíró részére, hanem a fél részére is felállítja (tulajdonképpen a maga részére), általában mindenki részére megparancsolja, hogy a tényt magában véve, vagy más tények esetében valónak, megtörténtnek kell tekinteni, ha más tényállás ki nem derül.

<sup>7)</sup> Ez az általános nézet. Ellenkező nézetben van Rosenberg Beweislast (1900). 107., 108. l.

<sup>8)</sup> Így Rosenberg is az i. h. Ennek felismerése azonban nem zavarja meg őt abban, hogy egyébként a törvényes vélelmek szokásos felfogását kövesse és a törvényes vélelemben csupán a bizonyítási terhelő szabályát és nem a materiális jog szabályát lássa. A jogalapító stb. tény szerinte mégis csak a vélelmezett tény,



Mindenesetre nemcsak a bírónak, hanem a félnek is szabad vélelmezni, ahol a törvény vélelmez. A törvény tehát nem követelheti, hogy ott, ahol ő vélelmez, a fél tényítéletet mondjon, azaz állítson, hanem meg kell elégednie azzal, ha vélelmez. De hát miért kelljen neki ezt a vélelmét kifejezni, amelyet már a törvény is kifejez? Micsoda értelme volna annak, hogy a törvény a saját vélelmének a fél részéről való megerősítését is megkívánja ahhoz, hogy az alkalmaztassék? És kérjük, mi történjék akkor, ha a fél a vélelmezett tényt nem állítja? A S. E. 37. §-a és az új Pp. 225. §-a szerint az elnök gondoskodik arról, hogy a fél a hiányos tényelődadásait kiegészítse. De hátha a fél az elnök felhívására azt adja elő, hogy maga sem tudja, hogy az illetők egyidőben haltak-e meg, ő csak azt tudja, hogy közös veszélyben haltak meg, ő nem akar olyant állítani, amiről nem tudja, hogy igaz-e, véleményt sem mondhat, ő éppen olyan kétségben van, mint a törvény, egyénileg azonban a rómaiaknak a commoriensekre nézve felállított vélelmét helyesebbnek tartja, de mindenesetre kéri (miért kelljen ezt kérnie?) a törvény alkalmazását. Vajjon tényállítás lesz ez? Bizonyára nem. Tehát ezt a lelkiismeretes felet el kellene utasítani keresetével. Avagy kérjük, akad-e józan eszű bíró, aki a házasságkötés után a tizedik hónapban született gyermeket az apa utáni törvényes örökösödési jogával el fogja utasítani azért, mert ez a n. ptk. vagy a T. szerint vélelmezett azt a tényt, hogy az apa az anyjával a fogantatási időben közösült, nem állította?

Azt kell továbbá kérdeznünk, hogy miért legyen szükséges a vélelmezett ténynek állítása. Miért szükséges egyáltalában, hogy a fél tényeket állítson? Nyilván azért, hogy a bírót felmentse a kutatástól, hogy reá irányítsa a bíró figyelmét arra a tényre, amelynek megtörténtét meg kell állapítania. Már most lehet-e valamely józan oka annak, hogy a vélelem esetében, ahol már a törvény megmondja, hogy mely tényt kell a bírónak az előadott tényállás alapján nemcsak figyelembe venni, hanem megállapítottnak tekinteni, a bíró figyelme erre a tényre még külön is felhívassék.



Különben azt megállapítani, hogy a bíró tényeket mikor vehet figyelembe, nem is a magánjog, hanem a perjog feladata. A magánjog csak azt mondja meg, hogy a bíró és általában mindenki mely tényekre alapíthat bizonyos jogi következményeket, de hogy a bíró ezeket csak akkor fektetheti-e ítéletének alapjául, ha azokat a felek állították, avagy hivatalból is, továbbá, hogy e tények valóságát meg is kell állapítania, hogy azokra a jogszabályt alkalmazhassa, ezt már a perjog mondja meg. A magánjog nem állítja fel a tárgyalási elvet és rendelkezéseit nem a tárgyalási elven alapuló perre való tekintettel teszi meg; vélelmei, amint már említettük, az officialitáson alapuló perben is alkalmazandók. A magánjog tehát nem kívánhatja meg a vélelmezett ténynek állítását. De a perjog sem kívánja meg, és pedig nemcsak az officialitás elvén nyugvó, hanem a tárgyalási elven nyugvó perjog sem. Mert a perjog szerint az állítás csak a megállapíthatóságnak előfeltétele és csak ott szükséges, ahol a tény megállapítása is szükséges. Ámde a vélelmezett tény megtörténtének megállapítása épen a vélelemnél — a magánjog szabályánál — fogva nem szükséges, annak tehát, hogy ez a tény a tárgyalás anyagává tétessék, nincs perjogi célja. Szóval a vélelmezett tény állításának nincs elfogadható ratiója.

A vélelmezett tény állításának szükségességét ezek után csakis abból lehetne még levezetni, hogy a törvény a vélelem szót vagy annak megfelelő kifejezését használja, tehát ezzel azt akarja kimondani, hogy a jogi hatályt nem a vélelmező, hanem a vélelmezett tényhez kapcsolja; azt a tényt pedig, amelyhez a jogi hatály kapcsolva van, a perben általában állítani kell. Azonban csakugyan igaz-e, hogy a törvény a vélelem alakjában való szövegezéssel azt az értelmet köti össze, hogy csak a bizonyítási teher és nem egyúttal az állítási teher szabályát akarja megváltoztatni?

Kétségtelen, hogy a *praesumptio juris et de jure* esetében nem kell a vélelmezett tényt állítani, még ha a törvény azt kifejezetten vélelemnek nevezi is. Az is bizonyos továbbá, hogy a vélelmezett tényt azokban az ese-



tekben sem kell állítani, amelyekben a törvény, amint mondják, a bizonyítási teher általános szabályát fejezi ki vélelem alakjában. Pl. nem kell a birtok jóhiszeműségét vagy jogszerűségét az osztr. ptk. szerint sem állítani. Szintén nem kell a vélelmezett tényt az u. n. álvélelmek többi eseteiben sem állítani, pl. ahol a törvény kiegészítő vagy értelmező szabályt fejez ki vélelem alakjában, gyakran szokásjogi tételeket erősítve meg, vagy ahol csak motivál. Mindezekben az esetekben általában el van ismerve, hogy a vélelem a törvény rendelkezésének csak különös alakja, azaz más szavakkal, hogy ezekben az esetekben a vélelmező tény, mint a jogszabály ténybeli alapja, tényállása szerepel. A „vélelem“ kifejezés tehát még nem hozza magával azt, hogy a törvény ezzel csupán csak a bizonyítás terhét akarta szabályozni.

Ezek után arra az eredményre kell jutnunk, hogy a törvényes vélelmek szokásos teóriájának nincsen elfogadható alapja. Ez a teoria abban a circulus vitiosusban mozog, hogy azért jó, mert a vélelmezett tényt állítani kell, a vélelmezett tényt pedig azért kell állítani, mert ezt az állítólag jó vélelmi teoria megkívánja.

Mielőtt odébb mennénk, a törvényes vélelmeknek még egy másik teóriájáról kell megemlékezni. Ez a teoria, amelyet én már régebben felállítottam és még néhány év előtt helyesnek találtam és amely, habár nem is mint alap-teoria, de mellékes megjegyzésekben másoknál is keresztül csillámlik, röviden abban foglalható össze, hogy a törvényes vélelem a vélelmező ténynek törvényes bizonyító erejét szabályozza. A vélelmező tény rendszerint már magában véve, minden törvényes rendelkezés nélkül is, többé-kevésbé valószínűvé teszi a vélelmezett tényt, azaz többé-kevésbé erős következtetést enged a vélelmezett tényre, tehát bizonyító erővel bír, indiciumul szolgál. Midőn tehát a törvény az egyszerű, közönséges vagy emberi vélelmet törvényes vélelemmé változtatja át, nem tesz egyebet, minthogy az indikáló ténynek bizonyító erejét törvényesen megállapítja, törvé-



nyes bizonyítási szabályt állapít meg.<sup>9)</sup> E szerint a nézet szerint tehát a törvényes vélelmek a perjogba tartoznak és ott az indiciumok tanában tárgyalandók.

Ámbár ennek a teoriának helyessége ellen már régebben különösen az az aggályom támadt, hogy e szerint a vélelmező ténnyel szolgáltatott főbizonyíték ellen az ellenbizonyítás esküvel nem volna eszközölhető, holott a gyakorlat, amelyet egyébként magam is megnyugtatónak ismertem fel, az ellenkezőt tartja,<sup>10)</sup> mégis nem tudtam elszakadni ettől a felfogástól, amely egyébként a legszebb összhangban volt az uralkodó tannak azzal a tételével, amely szerint a törvényes vélelem a bíróhoz intézett parancs, hogy egyik tényről a másikra következtessen és amely egészen beleillett abba a tanításomba, hogy minden bizonyítás tényről-tényre való következtetés. Pedig

<sup>9)</sup> Így lényegileg Unger is, 130. §. 582. l. habár azt, hogy a vélelem törvényes bizonyítási szabály, kifejezetten nem mondja ki, hanem csak azt, hogy a törvényes vélelem a tulajdonképen bebizonyítandó állítás helyébe egy másikat substituál és a magában véve elégtelen mesterséges (közvetett) bizonyítást kielégítőnek nyilvánítja. Egyébiránt szerinte (l. u. o. 14. j.) a vélelem ellen épen úgy van ellenbizonyításnak helye, mintha a (fő) bizonyítás tanúkkal vagy okiratokkal stb. történt volna. A n. prts. 1877-iki életbelépt. törvénye, 16. §. 1. p., szintén emlékeztet erre a felfogásra, amennyiben azt mondja ki, hogy vélelem esetében valamely tény bizonyosnak tekintendő (als gewiss anzusehen). Még inkább a n. ptk. I. terv. 198. §-a, amely szerint: „Wenn das Gesetz vorschreibt, dass eine Tatsache vermutet werde, so gilt dieselbe für erwiesen“. A mi Pp.-unk 272. §-a szintén tartalmaz a bizonyítási szabály teoriára vonatkozást, amidőn kimondja, hogy az előzetes valóságokat és a törvényes vélelmeket sem a 269. §. (bizonyítási teher), sem a 270. §. (bizonyítás mérlegelése) nem érinti.

<sup>10)</sup> Kifejezetten kimondja az eskü alkalmazhatását a prts. 1877-iki életbelépt. törv. 16. §. I. p. és a n. prts. (új) 292. §-a. A bizonyítási szabály elméletnek másik, azonban már sem a n. prts., sem a Pp. szerint nem praktikus következménye az volna, hogy a vélelem ellen használt ellenbizonyítás ellen reprobatio non datur. Ennek a szabálynak alkalmazhatása, illetőleg nem alkalmazhatása gyakorlatilag is fontos különbséget állapítana meg a vélelem és az előzetes valóság között, amennyiben, ha az utóbbinál a törvény csak a bizonyítási terhet változtatja meg, az ellene használt bizonyítás főbizonyítás lévén, ez ellen kétségtelenül van ellenbizonyításnak helye. Ebben a nézetben van Unger is, ki az i. h. 51. j. ezt a következményt teoriájából levonja.



valójában már az az egyetlen körülmény, hogy a vélelemmel szemben esküvel való eldöntésnek van helye, elég arra, hogy ezt a teoriát, amely nem magyaráz meg mindent, visszautasítsuk. Nem fér össze továbbá ezzel a teoriával az sem, hogy a vélelem ellen felhozott nem teljes bizonyítás nem gyengíti meg a vélelem erejét, holott ha a vélelem bizonyítás volna, a nem teljes bizonyítás is megfosztaná azt teljes bizonyító erejétől.<sup>11)</sup> Az itt ezuttal előadott vélelmi teoriámmal mindez a legszebb összhangban áll, mert hiszen a vélelmezett tény ellenkezőjének bizonyítása nem ellenbizonyítás, hanem kifogásnak, a vélelmező tényálláshoz kapcsolt jogszabályt kizáró kivételes tényállásnak bizonyítása, amely esküvel is eszközölhető és amelynek teljesen sikerülnie kell, hogy eredménye legyen.

Reá kell továbbá itt még arra mutatnom, hogy a jelenlegi teoriám segélyével egészen szabatosan és megnyugtatóan meg tudjuk állapítani azt, hogy mi a különbség a törvényes vélelem és a törvényes bizonyítási szabály közt. Az előbbi a törvényes tényállást határozza meg, utóbbi processualis megállapítást céloz. A törvényes vélelem esetében nem szükséges a vélelmező tény mellett a vélelmezett tényt a tárgyalási elven alapuló perben állítani és nem szükséges azt különösen bármely nemű perben megállapítani. Ellenben a törvényes bizonyító erővel felruházott bizonyító ok előadása nem mentesíti a felet a releváns tény állítása alól, sem pedig a bírót annak megállapítása alól. Ha pl. a törvényes bizonyító szabály azt mondja is, hogy két kifogástalan tanu egybehangzó vallomásának teljes hitelt kell tulajdonítani és ahhoz képest azt, amit e vallomás tanusít, a bírónak valóként kell elfogadni, az olyan kereset, amelyben pl. a felperes két kihallgatandó tanu vallomása alapján kéri tulajdonjogát az alperes ellen megállapítani, nincs megalapítva, és az olyan ítélet, amely a felperes tulajdonjogának megállapítását egyszerűen a tanuk vallomására és a perjog bizonyító szabályára alapítja, nincs meg-

<sup>11)</sup> L. erre nézve Rosenberg, Beweislast. 104. l.



okolva, mert hiányzik belőle annak a tényállásnak megállapítása, amelyhez a jogszabály a tulajdonjog létrejöttét kapcsolja és így hiányzik e jogszabály alkalmazhatóságának feltétele.

Ezek után most már pozitíve is megállapíthatjuk, hogy a magánjogban felállított törvényes véelmek, ideértve az előzetes valóságokat is, magánjogi, u. n. materiális jogszabályok és nem perjogi szabályok. Ezzel a legszébb összhangban van az a körülmény, hogy a belföldi bíró akkor, ha a perbe vitt jogállítást a külföldi magánjogi szabályok szerint kell megítélnie, a külföldi magánjognak véelmeit alkalmazza, holott ha a véelmek perjogi szabályok volnának, saját belföldi jogának véelmeit kellene alkalmaznia. Egészen hasonlóan áll a dolog akkor is, ha a perbe vitt jogállítást a régibb magánjog szerint kell megítélni. A bírónak ekkor is a régibb magánjogban fennálló véelmeket kell alkalmaznia, habár az újabb, a per idejében hatályos magánjog ezeket a véelmeket nem ismeri. A törvényes véelmek szokásos teóriája ezeket az eseteket kivételeknek, a principiummal való szakításnak kénytelen tekinteni.<sup>12)</sup>

Azt is megállapíthatjuk továbbá, hogy a törvényes véelem tartalma nem az, hogy a bíró valamely tényt valónak tekintsen, vagy hogy egyik tényről a másik tényre következtesse. A törvény egyáltalában nem akar a véelemmel a bíróra valamely gondolatot reáerőszakolni, ép oly kevésbé, mint ahogy a fikcióval nem akarja azt elérni, hogy a bíró egyik tényt egy másiknak, a fehéret feketének tekintse. Hogy milyen képtelen eredményre vezethet a valónak tekintés teóriája, azt egyebek között élénken megvilágítják a római jognak a *commoriensekre* nézve felállított u. n. véelmei. Nevezetesen: ha az apa serdült fiával hal el közös veszélyben, akkor az apát kell korábban elhaltnak tekinteni; ha azonban az apa *libertus*, akkor a *patronus* lesz törvényes örökös, ha csak be nem

<sup>12)</sup> Igy Hedemann, az i. h. 344. l.: „Es ist das ein Bruch mit dem Princip, aber ist nur solange unentschuldbar, als man ihn zu vertuschen sucht.“ Nyilvánvaló, hogy az ilyen ösztinteséggel még nem lehet megmenteni a teóriát.



bizonyítatik, hogy a fiu túlélte az apját, hoc enim, mint Tryphoninus mondja, reverentia patronatus suggerente dicimus (l. 9. §. 1., 2., 3., 4. D. 34., 5.). A valóságban a törvény nem kívánja a bírótól azt az absurdumot, hogy az egyik esetben az egyik tényt, a másik esetben pedig annak ellenkezőjét tartsa valónak — hiszen ebből maga a törvényhozó sem indulhat ki —, hanem csak azt, hogy az egyik esettel úgy bánjon el, mintha az egyik tény történt volna meg, a másikkal pedig úgy, mintha a másik tény történt volna meg. Egészen hasonlóan, mint a fikció esetében, csakhogy a vélelem esetében a törvény az eredeti, ideális tényállás javára kivételt enged meg. Vagy még inkább a valóságnak megfelelően, a törvény az egyik esetben bizonyos tényálláshoz (a közös veszélyben elhaláshoz) az egyik jogi hatást kapcsolja, a másik esetben pedig, amelyben az előbbtől nem ugyan a ténybeli, hanem a jogi megítélés szempontjából lényeges különbséget lát (libertus), az egyébként hasonló tényálláshoz (közös veszélyben elhalás) egy más jogi hatást kapcsol.

Attól a visszasságtól, amellyel a valónak tekintés vagy a következtetés teóriája jár, akkor sem szabadulunk, ha a valónak tekintés helyébe a bebizonyítottnak való tekintést helyettesítjük, avagy pedig csupán csak a bizonyítási teher eltérő szabályozását látjuk a vélelemben, Mert hiszen a törvény, ha valamely jogalapító stb. tényt bebizonyítottnak tekint, vagy azt kívánja, hogy a bíró az ilyen tényt bizonyítás nélkül fektesse íléletének alapjául, erre a szabályozásra csak úgy juthat, ha ezt a tényt maga valónak tekinti. Azaz teljesen egyre megy, akár a valónak tekintést, akár a valónak tekintés perjogi következményeit szabja meg a törvény, a különbség csakis a szavakban van meg.

A törvényhozó a vélelmet nem azért állítja fel, hogy azt a bíró vagy bárki is utána gondolja, hanem a törvényhozó a vélelemben saját gondolatmenetét fejezi ki. Ez a gondolatmenet pedig az, hogy a törvényhozó célszerűségi szempontból a gyakorlatiasság, a jogszabály könnyebb alkalmazhatósága szempontjából, ahová különösen a bizonyítás megkönnyítése is tartozik, az ő eredeti, ideális



tényállása mellé egy másik tényállást állít, és pedig vagy akként, hogy az eredeti tényállásnak egy részét kihagyja, elejti, vagy pedig akként, hogy egy másik, az ideális tényállástól qualitative is különböző tényállást állapít meg. Ebben a másik tényállásban az eredeti tényállás rendszerint mint többségi eset benne foglaltatik. Azaz a törvény approximál, az approximatio metodusát alkalmazza<sup>13)</sup> lényegileg úgy, mint pl. ha a szerződésképeséghez az eredeti idea szerint megkívánt kellő értelmi fejlettség és jellemzilárdság helyébe bizonyos kort állapít meg tényálladék gyanánt, vagy a jogügylet ideális tényállásában megkívánt akaratelhatározást háttérbe szorítva, megelégszik az akaratnyilvánítással vagy az annak megfelelő szokásos viselkedéssel. Amennyiben a törvényhozó a második, a gyakorlati tényállás megállapításánál abból indul ki, vagy inkább abból is indul ki, hogy abban az ideális tényállás mint többségi eset benne foglaltatik — és ez az u. n. vélelmek típusa — a törvényhozó a valószínűség alapján vélelmez és amennyiben ezt a gondolatát ki is fejezi, vélelmet állít fel. Az emberi vélelmet tényállássá lépteti elő,

<sup>13)</sup> L. erre nézve Iheringnek alapvető és a jogtudományban nézetem szerint még mindig kellően fel nem használt fejtegetéseit, Bsitzwille, 144. és köv. l., amelyeket a perbeli beismerésről irt értekezésben (külön lenyomat a Jogt. Közl. 1907. évfolyamából, 7. és köv. ebben a kötetben 194. s k. l.) én is felhasználtam és némileg tovább fejleszteni igyekeztem. Ami a törvényes vélelmeket illeti, ezeket Ihering (151. és köv. l.) azok mellé az esetek mellé és illetőleg azokkal szembe állítja, amelyekben a törvényhozó a tényállást pozitív és negatív momentumokra osztja fel. A törvényhozó Ihering szerint mind a kettőnél a praktikabilitás szempontjából indul ki, mind a kettőnél a bizonyítást akarja megkönnyíteni, mind a kettőnél statisztikával dolgozik. Eddig a dolog rendben van. A továbbiakban azonban Iheringet elfogulttá teszi az uralkodó vélelmi teória. Mig ugyanis szerinte a praesumptiónál a törvényhozó a processualis utat választja, addig a tényállásnak a pozitív és negatív elemekre való felosztásánál a materiális úton marad. Az előbbinél megtartja az ideális tényállást, csak hogy annak valamely momentumát fennforgónak, tehát valónak tekinti, az utóbbinál ellenben elenged valamit a tényállásból. Ihering még az ellen küzd, hogy a tényállásnak a szabály és kivétel szerinti megkülönböztetését nem szabad vélelemnek minősíteni, holott szerintem az u. n. igazi vélelmek sem vélelmek a valóságban, hanem tényállás-megosztások.



a vélelem, az indok kifejezésével. Amidőn azonban a törvényhozó vélelem alakjában szövegezi a tényállást, ezzel nemcsak indokát tárja fel előttünk, hanem egyuttal kifejezést ad annak is, hogy a vélelmező (gyakorlati) tényállás mellett a vélelmezett (eredeti ideális) tényállást is fenntartja és megállapítja a két tényállás közötti viszonyt is. Ez a viszony pedig rendszerint az, hogy a vélelmező tényállás gyengébb, mint a vélelmezett tényállás, az utóbbi hiányának kiderültével erejét veszti. Ha a törvényhozó a két tényállást egyenlő erejűnek kívánja tekinteni ezt külön kimondja (*praes. juris et de jure*). A törvényhozó indokának kifejezésében és a két tényállásnak egymáshoz viszonyában különbözik a vélelem az approximative megállapított tényállások egyéb eseteitől, amelyekben a törvény az eredeti tényállást vagy egészen elejti, vagy pedig ha fenn is tartja, azt külsőleg is a szabály és kivétel alakjában szabályozza.

Ámbár a törvényhozó a vélelem alakjának választásánál rendszerint a valószínűségből indul ki, mégis előfordul, hogy az ideális tényállás mellé a második tényállást más okból állítja fel és ruházza fel a megfelelő hatással. Pl. amint láttuk, a római jogban a libertusnak fiával közös veszélyben való elhalását azért ruházták fel a libertus későbbi elhalásának jogi hatásával, mert ezt a patronatus iránti reverentia hozza magával, azaz mert más tényállás kiderülésének hiányában a patronatus jogintézményét helyezték előtérbe, az abból eredő jogokat kívánták megóvni. Az u. n. *praesumptio Muciana* indoka az, hogy: „*et verius et honestius est. . . existimari,*” hogy a nő szerzeménye férjétől származik, „*evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.*” A n. ptk. 1362. §-a első bekezdésének némileg hasonló vélelme első sorban a hitelezők érdekét akarja megóvni, mert a hitelezők a házastársak közötti vagyoni jogi viszonyokat egykönnyen fel nem deríthetik és a házastársak részéről való kijátszás veszélyének vannak kitéve és főleg ez az indoka a T. 111. §-ában megállapított messzebb terjedő vélelemnek is, úgyszintén a n. csódt. 45. és a mi csódt. 46. §-ában foglalt



ama szabálynak is, hogy a nő tartozik bizonyítani, hogy a házasság idejében szerzett dolgot nem a közadós férj pénzén szerezte, amely rendelkezést a T. 111. §-a második bekezdésében vélelem alakjában, a csódt. ellenben egyszerűen szabályként fejez ki. Ha a törvény az ilyen esetekben is vélelem alakjában beszél, ezt már csak abból a szempontból teszi, hogy az ideális és a gyakorlati tényállás közötti viszonyt meghatározza.

Ezek után azt kell kérdeznünk, hogy miért választja a törvényhozó némely esetben a vélelem alakját, holott rendelkezését más alakban is kifejezhetné? Ennek egyik oka ugyanaz, mint amely a törvényhozót a fikcio alakjának választására indítja, amelyet szintén más alakban is kifejezhetne. Ez az ok a szövegezés egyszerűsége. Milyen körülményes volna pl. az osztr. ptk.-ben a gyermek élve születésére nézve kimondott vélelmet mindenütt, ahol valamely joghatály a gyermek élve születésétől függ, a szabály és kivétel alakjában szövegezni és egyebek közt ama szabály mellett, hogy az örökösödés csak akkor áll be, ha az örökös az örökhagyót túléli, azt a tényállást felállítani, hogy a gyermek azonban már a születéssel is öröklő-képes lesz, kivéve mégis, ha halva születik. Avagy képzeljük el pl. a n. ptk. 20. §-ában és a T. 15. §-ában a közös veszélyben elhaltakra nézve kimondott vélelmet, mindenütt, ahol az egyidejű elhalás tényállása jelentőséggel bír, a szabály és a kivétel alakjában szövegezve. A szövegezés nehézségének megkerüléséhez járul még az is, hogy a törvényhozó, akin az ideális tényállás gondolata uralkodik, önkénytelenül is kifejezi azt a gondolatmenetet, amellyel a vélelmező tényálláshoz jutott. Teszi ezt különösen gyakran és válogatás nélkül akkor, ha maga is befolyásolva van attól a teoriától, hogy annak kell bizonyítani, aki ellen a vélelem harcol.

Végül legalább röviden érintenem kell azokat az eseteket is, amelyekben a törvény valamely tényből nem tényre, hanem jogra enged vélelmet, mint pl. a kerítés, fal stb. elhelyezéséből az osztr. ptk. 854. §-a a tulajdonközösségre, a n. ptk. 921. §-a és a T. 588. §-a pedig a közös használat jogára nézve, továbbá az osztr. ptk. 839.



§-a és a végrehajtási törvény 143. §-a a telekkönyvi bejegyzés minőségéből a tulajdonostársak hányadrészenek egyenlőségére nézve (l. tkvi rend. 55. §. b) p. is), a n. ptk. 1006. §-a és a T. 660. §-a az ingó dolog birtokából a tulajdonjogra nézve stb.<sup>14)</sup> Ezek az u. n. vélelmek is csak különös kifejezési módjai a törvénynek, amelyek tulajdonképpen nem valamely feltételezésre vagy képzelet alkotására utasítják a bírót, hanem bizonyos tényálláshoz kötött rendelkezések. Tüzetes megvizsgálásukat abból a szempontból kell megejteni, hogy a törvényhozó, bármely képletes beszédet használ is, végeredményben mindig valamely tényállásnak jogi hatását akarja megszabni. Ez a vizsgálat némelykor arra az eredményre fog vezetni, hogy a jognak vélelmezése a fikciók körébe tartozik. Így pl. a n. ptk. 1058., 1248. és 1362. §-ában bizonyos személyek javára felállított tulajdon vélelmek voltaképpen azt mondják ki, hogy valamely dologgal bizonyos viszonylatban, bizonyos kivétel hiányában úgy kell elbánni — minden képzelődés nélkül — mintha az a haszonélvezetbe adó, a zálogbaadó, vagy a férj tulajdona volna. Eltekintve ezektől a fikciószerű esetektől — a különbség nem olyan valami életbevágó, mint ahogy hiszik — a jognak valamely tényállás alapján való vélelmezése nem egyéb, mint a jog létezésének, azaz a joghatásnak valamely tényálláshoz kapcsolása, bizonyos kivétel által meggyengítve. Különösen világos pedig ezekben az esetekben az, hogy a vélelem nem lehet pusztán csak a bizonyítási teher szabályozása. Világos ez annak részére, aki ragaszkodik

<sup>14)</sup> A határ egyébiránt a tényre és a jogra irányuló vélelmek között nem vonható meg élesen. Vannak esetek, amelyek a középen állanak, amelyekben a törvényhozó a tényből nem ugyan jogra, de nem is meztelen tényre, hanem egy jogi fogalomra, vagy u. n. jogi tényre következtet, így Pl. az osztr. ptk. 1429. §-a bizonyos visszatérő szolgáltatások későbbben lejárt részleteinek nyugtatványozásából azt vélelmezi, hogy az előbb lejárt részletek is rendbe hozattak, vagyis nem egy konkrét megszüntető tény megtörténtét, hanem a rendbehozást, azaz a megszűnés jogi hatályát kapcsolja a vélelmező tényhez. Hasonló a l. 24. D. 22., 3. is (libertus esse videtur). Az apaság vélelme is mint törvényesség vélelme fejezhető ki.



ahhoz a tételhez, hogy a bizonyítás tárgya a perben mindig tény és nem jog és aki nem hajlandó azt a logikai hibát elkövetni, hogy ugyanabban a gondolatműveletben, ugyanazt a fogalomjelzőt többféle értelemben használja és hogy következtetéseit ezen az alapon vonja meg.



## VII.

### A PERBELI BEISMERÉSRŐL\*

Annak az igazságnak az öntudatos felismerése, hogy a per egy közjogi viszony, amely végképpen különbözik a perbevitt magánjogtól,<sup>1)</sup> helyesebben magánjog állítástól, a mult század második felében új nézőpontokat nyitott meg a perjog tudományának és új utakra terelte a kutatást. Kérdések uralkodnak, amelyek azelőtt ismeretlenek voltak és kérdések újultak fel, amelyek már végleg megoldottaknak látszottak. Egyike ezeknek a megújult kérdéseknek a bíróság előtti vagy perbeli beismerés jogi természetének kérdése is.

Különös érdeket kölcsönöz a vitának, amely e kérdés körül folyik, hogy abba a perjog alapkérdéseit is bele lehet vonni és tényleg bele is vonják,

Nem kevesebbről van szó, mint a felek perbeli cselekményeinek jogi természetéről és a felek perbeli állásáról általában. Kérdés nevezetesen, hogy a perbeli beismerés jogügylet, rendelkezés és általában akaratnyilvánítás-e, avagy igazmondás, tudomáskijelentés, vagy éppen séggel tanuság és hogy mit kell e részben a többi per-

\* Megjelent a Jogtudományi Közlöny 1907. évi folyamának 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51. és 52. számában és különlenyomatban.

<sup>1)</sup> Ezt az igazságot, amelyet ugyan már korábban mások is kimondottak, kétségbevonhatatlanul először Bülow mutatta ki és alapította meg 1868-ban, „Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen” című munkájában, amivel elévülhetetlen érdemet szerzett magának a perjog tudománya körül.



beli cselekményről tartanunk. Kérdés továbbá, hogy a perbeli beismerés és általában a felek cselekményei az ellenfél irányában is, vagy csak a bíróság irányában történnek-e és ezzel kapcsolatosan, hogy a felek egymás irányában is, vagy csak a bíróság irányában vannak-e perbeli viszonyban, avagy, legalább ami a tényállás szolgáztatását illeti, csak mint objectumok szerepelnek-e az igazság kiderítésének érdekében? Mindez azután kapcsolatba hozható a bíróság perbeli állásával is, nevezetesen a bírói ítélet jogi természetével is. Ha pedig a kérdést kiterjesztjük a perbeli elismerésre, azaz a kereseti követelésnek beismerésére is, akkor a vizsgálódás körébe a peralapításnak, sőt magának a per fogalmának kérdését is belevonhatjuk.

Ebben a kiterjedésben, ezzel a nagy háttérrel foglalkozik a perbeli beismeréssel Magyary Gézának „A perbeli beismerés” című, 1906-ban megjelent 255. sz. 8. r. lapra terjedő munkája is.

Magyary elméletét a perbeli beismerésről a következőkben lehet összefoglalni.

A perbeli beismerés nem jogügylet (123. és 124. l.), nem rendelkezés, nem is akaratkijelentés, hanem tudomáskijelentés, beszámolás a fél tudomásáról (102. és köv. l.), tanuskodás, mely a bíróság meggyőződését alakítja ki a multa nézve és mint ilyen, a bizonyítás körébe tartozik; a beismerő fél mint bizonyítási eszköz szerepel, aki a multban valamely eseményt megfigyelt és aki erről emlékezik és közlést tesz, tapasztalásáról beszámol, épp úgy, mint a tanu a szó közönséges értelmében. A beismerő fél igazmondása vélelmezetik és a bíró törvényes bizonyítási szabály által kötve van, hogy a beismerésből a multa visszakövetkeztessen (122., 128., 129. és 143. és köv. l.).

A perbeli beismerés csak egyik faja a fél tudomáskijelentésének. A felek perbeli cselekményeinek két nagy osztálya van, u. m. 1. beszámolások a multban történekről, vagyis tudomáskijelentések és 2. akaratkijelentések. Az utóbbiak, akár rendelkezés, akár indítvány a tartalmuk, mindig kérelmek, mert azokkal a fél a bíróságot



valamely cselekvésre vagy valamely cselekvés abbanahagyására kívánja indítani. A tudomáskijelentéshez tartozik nemcsak a beismerés, hanem a tagadás és a kifogás, valamint a félnek az a kijelentése is, hogy az állított tényről tudomása nincs (104. l.). Utóbb pedig (129. l.) a tanúknak következő osztályait különbözteti meg: 1. a peres felektől különböző személyek; 2. a peresfelek. Ez utóbbiakat ismét a következő szerepekben: a) a fél, amennyiben beismer; b) a fél, amennyiben mulaszt, aminek következtében t. i. az állító fél nyilatkozata felszabadul amaz akadály alól, hogy azt a bíróság valónak vegye (184. l.); c) a fél amennyiben esküt tesz illetőleg eskü alatt kihallgattatik; és d) általában mindegyik fél, miután a bíróság előadásának valódiságát a szabad bizonyítási rendszer szerint szabadon mérlegeli.

Magyary szerint végül a perbeli beismerés és az elismerés között nincs elvi különbség. A kereseti követelésnek beismerése (elismerés) és általában a jogbeismerés lényegileg szintén ténybeismerés; annak csak megerősített alakja, amennyiben t. i. az elismerő fél a jogi következtetést is beismeri. (202. és köv. l.)

Mellőzöm itt annak tüzetes megvilágítását, hogy minő állást foglal el Magyary elmélete az eddig felszínre került elméletek között. Aki erre nézve tájékozást óhajt nyerni, megkapja azt Magyary munkájának 29—64. lapjain, ahol a különböző felfogások elég kimerítően ismertetve vannak. Annyi bizonyos, hogy Magyary elmélete a leghatározottabb ellentétben áll az uralkodó felfogással, amely szerint a perbeli beismerés nem bizonyít, hanem feleslegessé teszi a bizonyítást, nem a bíróság meggyőződésére hat, hanem megköti a bíróságot és ezt az erejét nem a beismerő fél tudomásából, hanem annak akaratából meríti. Az is bizonyos, hogy az uralkodó felfogásban mutatkozó eltérések egészen háttérbe szorulnak Magyarynak radikális ellennézetével szemben. Nem egyezik meg Magyary elmélete Bülow-nak *Das Geständnisrecht* című 1899-ben megjelent nagyérdekű munkájában kifejtett elméletével sem, amellyel még foglalkozni fogunk. Bülow a perbeli beismerést igazmondásnak, helyesebben igaznak kijelen-



tésnek (Wahrheitserklärung) tekinti és ugyan szintén határozottan és erős érveléssel állást foglal az ellen, hogy a beismerés rendelkezés vagy jogügylet volna és hogy ereje általában a fél akaratából volna származtatható, azonban éppen oly határozottan és szerintem meggyőzően kifejti azt is, hogy a perbeli beismerés nem bizonyít. Ujnak azonban mégsem mondhatjuk Magyary elméletét. Csirája megvan már abban a régiebb, a mi 1868-iki perrendtartásunkban is elfogadott nézetben, amely a perbeli beismerést bizonyításnak tekinti és a perenkivüli beismeréssel közös fogalom alá vonja. E nézet követőinek, ha következetesek akarnak lenni, a perbeli beismerésben szintén tanuságot kell látniok és ha ez a felfogás náluk csak elvétve jut kifejezésre és kellően kidomborítva és kifejtve nincsen, úgy ennek okát részint a bizonyítás, részint pedig a bíróságon kívüli beismerés lényegéről való homályos felfogásukban kell találnunk.<sup>2)</sup> Csak Pollak kísérelte meg újabban „Gerichtliches Geständniss im Civilprocesse” című 1893-ban megjelent munkájában azt az elméletet behatóbban megalapítani, hogy a perbeli beismerés, tudomáskijelentés, tanuság, igazmondás, amely bizonyít. Magyary maga is elismeri (35. l.) hogy a lényeget tekintve Pollak fölfogását teszi magáévá, de hozzáteszi, hogy ez Pollak munkájában nincs részletesen kifejtve. Kétségtelen, hogy ezt a fölfogást még senki sem fejtette ki oly következetesen és részletesen és senki sem kísérelte meg azt a perjog egész rendszerébe úgy beleilleszteni, mint Magyary és nem is ment el még senki sem odáig, hogy a beismerést nem csak tanuságnak, hanem tanuvalloomásnak és a beismerő felet tanunak minősítse, valamint hogy az elismerésben is csak tanuságot lásson. Magyary munkája mindenesetre ritkaság számba megy monografiákban szegény perjogi irodalmunkban, nemcsak nagy terjedelménél, hanem annál a mélységnél fogva is, amelyre szerzője vizsgálódásaiban törekszik. Az elismerésnek, amellyel ezért szerzőnek tartozunk, azt hiszem, azzal

<sup>2)</sup> V. ö. pl. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung 31. és köv. l., főleg 34. l. és 41. és köv. l.



adunk leginkább kifejezést, ha az általa felállított elmélettel behatóan foglalkozunk és ez alkalommal magának a kérdésnek a megoldását is előbbre vinni törekszünk.

### Valami a módszerről.

Pollak nézetem szerint igen könnyen bánik el a kérdéssel. Miután az uralkodó tannak azt a felfogását, hogy a perbeli beismerés megállapítási cselekmény, vagy rendelkezés, illetőleg általában akaratnyilvánítás, véleménye szerint megcáfolta, azt mondja, hogy ezek után nem marad más hátra, mint hogy a perbeli beismerést tanuságként fogjuk fel (112. l.). Nyilvánvaló, hogy ennek az érvelésnek még akkor sem volna ereje, ha Pollaknak csakugyan sikerült volna kimutatni, hogy a perbeli beismerés nem megállapítási cselekmény, nem akaratnyilvánítás. Mert hiszen abból, hogy  $A$  nem  $B$ , egymagában még nem következik, hogy  $A = C$ -vel.

Nem erősebb Pollaknak pozitív bizonyítása sem. Szerinte a beismert tény rendszerint igaz, már csak azért is, mert a beismerőre nézve rendszerint hátrányos. A beismerésnek rendszerinti oka, ugymond az, hogy az illető tény a siker kilátásával nem tagadható, mert hiszen igaz. Ha tehát a beismerés tudomáskijelentés, akkor bizonyító ereje, tanuságtermészete nem szorul további magyarázatra. Hogy azután miért van minden perbeli beismerésnek ilyen hatálya, tehát annak is, amely kivételesen nem az igazságot tartalmazza, azaz más szavakkal, hogy miért szolgáltat a perbeli elismerés nem csupán egyszerűen bizonyítékot, hanem formális bizonyítékokat, ez Pollak szerint a polgári per természetéből következik. A polgári perben ugyanis a fél saját felelősségére cselekszik és az állam a polgári perben takarékosabb, mint a bűnvádi eljárásban. Ez az oka annak, hogy az állam a bírót egyszer s mindenkorra, tehát a kivételes esetekben is felmenti annak vizsgálata alól, hogy a beismerés megfelel-e az igazságnak. Ez a három szó: igazság, önfelelősség és perökonomia (Wahrheit, Selbstverantwortlichkeit, Process-



ökonomie) igazolja azt, hogy a perbeli beismerés mint formális bizonyíték szerepel. Ahol az valóban beismerés, azaz tanuság, ott hatálya meggyőző erején nyugszik, ahol pedig csak a beismerés látszatát hordja magán, ott az önfelelősség és perökonomia elveiből meríti hatályát (112—115. l.).

Ennek az építménynek nézetem szerint az a legnagyobb gyöngesége, amit Pollak egyik erősségének tart, hogy t. i. az — szerinte correct módon — a szabályra, az igaz beismerésre és nem a kivételre, a nem igaz beismerésre is van alapozva (115. l.).

Ha a törvényhozó valamely szabályt akar felállítani, akkor nemcsak lehetséges, hanem igen gyakran helyes is, hogy az esetek túlnyomó többségét, azt, ami rendszerint történni szokott, tartsa szem előtt és szabályát ehhez alkalmazza. Bővebben kifejtette és megvilágította ezt a gondolatot Ihering<sup>3)</sup> hivatkozva arra is, hogy azt lényegileg már a római jogászok helyesen felismerték és kimondották. „Nam ad ea potius debet aptari jus — mondja nevezetesen Celsus — quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt“.<sup>4)</sup> Ihering különösen rámutat arra, hogy a törvényhozó gyakran azért kénytelen megelégedni azzal, hogy eszméjét csak az esetek többségében és csak megközelítőleg, approximative, vigye keresztül, hogy a nem practicabilis szabályt practicabilissal, a kézzel foghatósággal helyettesítse, surrogálja. Ezért Ihering a törvényhozási technikának ezt az eljárását approximativ módszernek, illetőleg az utóbbi irányzatban surrogativ módszernek nevezi. Így pl. a törvényhozó a teljes cselekvő képességet bizonyos értelmi és erkölcsi érettséghez akarja kapcsolni, de mivel ennek egy adott esetben való megállapítása felette nagy nehézségekbe ütköznék, e helyett bizonyos korhoz köti a teljes cselekvőképességet, amelyben ugyan a törvényhozó által szem előtt tartott érettség csak rendszerint, de nem mindig van meg, amely

<sup>3)</sup> Der Besitzwille 149. és köv. l.

<sup>4)</sup> L. 5. D. 1. 3., hasonlólag Pomponius l. 3. eod. tit. l. Ihering az i. h. 149. l. 1. j.



azonban felette practicabilis, kézzelfogható kriteriumot szolgáltat. Vagy, hogy még egy másik példával élünk, a törvényhozó, aki a tulajdonosnak gyors és sikeres védelmet akar nyújtani, úgy okoskodik, hogy a dolgok az esetek túlnyomó többségében a tulajdonos tényleges birtokában szoktak lenni, megadja tehát azt a védelmet, amelyet a tulajdonosnak (általában a jogosultaknak) szánt, már a birtokosnak.

Ihering az approximativ módszert a törvényhozási technika egyik fundamentális operatiojának nevezi. Kiegészitem ezt azzal, hogy e módszer nem egy elv, amelyet feltétlenül követni kell. Csak „potius debet aptari jus“, amint Celsus mondja. Vannak más módszerek is. Lehet egyebek közt, hogy a törvényhozónak éppen az ellenkező irányban kell haladni, hogy célját elérhesse. Különösen a védendő érdek nagyságossága és a sérelem nagysága, amelyet abban a kivételes esetek okozhatnak, arra indíthatja a törvényhozót, hogy a szabályt ne az esetek többségéhez, hanem ellenkezően a kivételes, a ritkább esetekhez alkalmazza. Így pl. a mérgek szabad elárusításából néha baj származik, a törvényhozó tehát a mérgek elárusítását általában bizonyos korlátokhoz köti. Néha egészségtelen húst is kimérnek, a törvényhozó ennek meggátlására általában elrendeli, hogy a hús csak előleges egészségügyi vizsgálat után legyen kimérhető. A ritka esetekhez alkalmazkodik a jog akkor is, amidőn a házasfelek között kötött ügyletek érvényességéhez közjegyzői okiratot kíván.

Ismét más eljárást fog a törvényhozó akkor követni, midőn az általa szem előtt tartott érdekek fontosságánál fogva a szabály sem az általános tényállásban foglalt, talán túlnyomó többségi esetekhez, sem pedig a kisebbségi esetekhez nem alkalmazható, emellett azonban az eseteknek előre nem látható nagy változatosságánál fogva sem a szabály, sem pedig a kivétel tényálladéka szabatosan körül nem írható. Ilyenkor a törvényhozó esetleg egészen, vagy legalább bizonyos fenntartásokkal lemond arról, hogy az eseteket minőségükhöz képest szabályozza, hanem az összes eseteket vagy azok bizonyos körét



magában foglaló tényállásra nézve felhatalmazza a bíróságot, hogy az eset minőségéhez képest ő válassza meg a megfelelő szabályt. Mig az approximativ módszernél a törvényhozó a rendszerinti esetek kedvéért, addig itt az összes esetek kedvéért tér át egy általános tényállásra, amelyhez azután a — felhatalmazási — szabályt köti. Így pl. a törvényhozó bizonyára tudja azt, hogy a bíróság előtti beismerés a bünvádi eljárásban is rendszerint megfelel az igazságnak és csak nagyon kivételes esetekben nem igaz, mégis — igaz, hogy csak ujabban — nem az esetek tulnyomó többségéhez alkalmazza a szabályt, hanem — mivel az igaz és nem igaz beismerés tényálladékat nem tudja szabatosan elkülöníteni, — a bíróságra bizza annak megállapítását, hogy mily esetben és mennyiben fogadható el a terhelt beismerése igazság gyanánt. Ide tartoznak általában a bizonyítékok szabad mérlegelésére vonatkozó szabályok, a büntető jogban a büntetés mértékének kiszabására felhatalmazó szabályok, stb.

Nem célom, hogy a törvényhozási technikának eljárásait itt kimerítően ismertetni megkísérleljem.<sup>5)</sup> Csak reá akarom mutatni arra, hogy minő eszmekörbe tartozik az u. n. approximativ módszer, hogy az nem egyéb, mint egyike azoknak az eljárásoknak, melyeket a törvényhozó, bár különböző okokból, a tényállás megválasztásánál követhet.

Midőn a törvényhozó az esetek többségéhez alkalmazza a szabályt, épp úgy, mint akkor, amidőn a kisebbségi esetek után indul, egy más tényállásra tér át, mint amely megvalósítani kívánt eszméjének közvetlenül megtelel.<sup>6)</sup> Ez a tényállás magában foglalja az eszményi eseteket, de magában foglal más eseteket is és már csak

<sup>5)</sup> Egy más módszer pl. még a tényállásnak a szabály és kivétel közötti megosztása. Ezt a megosztást, amidőn az a bizonyítási teher megosztása szempontjából történik, Ihering is kiemeli, 151. l., mint a practibilitás érvényesítésének egyik módját. A megosztásnak azonban más oka is lehet, pl. csupán a szövegezés egyszerűsítése, vagy a többségi tényállás korlátozása.

<sup>6)</sup> Lényegileg akkor is eszményi tényállástól különböző tényállásra tér át a törvényhozó, midőn a kiválasztást a bíróra bizza. A felhatalmazási szabályt egy tágabb általános tényálláshoz kapcsolja.



azért sem lehet az eszményi tényállással azonos, hanem attól különböző, más tényállás. Ha  $a \subset b$ -vel, akkor  $a$  nem lehet egyenlő  $b$ -vel. A törvényhozó, aki ekként jár el, nem csinál a kisebbségi esetekből többségeket vagy fordítva. Nem végez valamely bűvészi mutatványt, hanem egyszerűen azt a tényállást szabályozza, melyet szabályozni legcélszerűbbnek mutatkozik és szabályozza úgy, mint azt célszerűnek látja.

Az öntudatosan eljáró törvényhozó mindezt tudja és éppen azért nem is fogja a 24 éves életkort az értelmi és erkölcsi érettséggel, a birtokot a tulajdonnal, a házasfelek bizonyos nemű ügyleteit a rosszhiszemű vagy könnyelmű ügyletekkel azonosaknak tekinteni, és nem is fogja a bírótól és általában senkitől sem megkivánni, hogy azokat azonosaknak tekintse. Minek is tenné ezt? Hiszen nem szorul rá, hogy ő önmagát vagy másokat ámitson. Ő gyakorlati szabályt akar felállítani és e végből körülírja a tényállást, amelyre szabályát alkalmaztatni és amelybe tartozó eseteket ugyanabban az elbánásban kívánja részesíteni. De ezen túl nem is mehet a törvényhozó. Hiába rendelné el, hogy  $a$ -t  $b$ -nek kell tekinteni. Azért  $a$ -ból nem lenne  $b$ , és a törvényhozó ilyen rendelkezése senkit sem gátolhat meg abban, hogy az igazságot felismerje.

Hogy egyébiránt a törvényhozó maga is tudja, hogy ő különböző, eredeti eszményének meg nem felelő eseteket is foglalt az egységes tényállás alá, és hogy az összefoglalt esetek nem mindenben egyenlők, ez különösen kitűnik akkor, amidőn a törvényhozó — ha szükségét látja — az egyforma elbánást rendelő általános szabály mellett, más irányban mégis érvényre juttatja az esetek különbözőségét és eredeti eszméjét. Így pl. amidőn megengedi, hogy a kiskorúság meghosszabbtassék, vagy fordítva, hogy valaki a korhatár elérése előtt teljeskorunak nyilváníttassék, avagy, amidőn a birtokost ugyan egyelőre a tulajdonos ellen is megvédi, de mégis lehetővé teszi a tulajdonosnak, hogy jogát más uton érvényre juttassa.

Mindezekkel nem akarom azt mondani, hogy a törvényhozó nem tévedhet, és nem alkothat magának valamely tényállásról a többségi esetek alapján helytelen



ítéletet.<sup>7)</sup> Lehetséges pl., hogy a törvényhozó maga is elhiszi, hogy a beismerés mindig hiteles tanúság, mindig igaz és mindig bizonyít. A tortura természetes következménye volt e felfogásnak.<sup>8)</sup>

Igy állunk a törvényhozóval. És mi a tudomány feladata? Talán az, hogy a valódi tényállást ő hamisítsa meg? Hogy reá fogja A-ra hogy az B? Hogy logikailag meg nem engedett módon ítéletet mondjon a többség alapján az egészről? Fogalmat alkosson, amely alól kivételt kell tenni és amely nem fogja mind azt körül, amire vonatkoztatják? És ez a lehetetlen eljárás, melyet az öntudatos törvényhozó sem követ, elég jó legyen a tudomány számára?

A tudomány feladata az, hogy az igazságot felderítse. Fel kell deríteni nemcsak a törvényhozó illetőleg a törvény gondolatmenetét, hanem meg kell állapítania a törvény által szabályozott tényállás valódi jellegét és fogalmát, fel kell derítenie, hogy mennyit engedett és általában változtatott a törvényhozó eredeti eszméjén, amidőn erre a tényállásra áttért, és hogy mi most már a törvény valódi alapgondolata, amely az ehhez a tényálláshoz kapcsolt szabálynak megfelel. A tudománynak pl. ki kell mutatnia, hogy a törvény a vélelmezett tulajdonról és a tulajdonvédelemről áttért a birtokra és a birtokvédelemre és fel kell állítania és meg kell határoznia a birtok fogalmát és természetét.

A tudomány hasonló feladat előtt áll itt, mint a fictióval szemben, melyet még nem nagyon régen komo-

<sup>7)</sup> Különbözik ettől az az eset, amidőn a törvényhozó nem helyes eszmét akar megvalósítani. Ilyenkor a szabályozott tényállás teljesen megfelelhet az eszménynek, habár az a helyes eszme szempontjából különböző eseteket foglal magában. A régi jogok számos példát szolgáltatnak erre (a szemet szemért, az „uti legassit“ eszméje stb.). Ujabban pl. a korlátlan kamatvételi szabadság is helytelen eszmének bizonyult és az élet az eszme és a tényállás módosítását tette szükségessé.

<sup>8)</sup> Ezzel természetesen nem akarom a tortura történetét kimeríteni, de mindenesetre igaz az, hogy mint Glaser mondja: „Die Überschätzung des Geständnisses führte dazu, dass zu seiner Erlangung Mittel angewendet wurden, die es völlig entwertheten.“ (Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 264. l.)



lyan vettek és elhitték, hogy a törvény egyik tényállásából egy másikat tud csinálni, sőt ebben nemcsak megnyugodtak, hanem ezt az engedélyt még a tudomány részére is kihasználhatónak tartották és doctrinalis fictiókat is állítottak fel. Ujabban<sup>9)</sup> ezen már túl vagyunk és nagyon jól tudjuk, hogy a törvényi fictió nem egyéb, mint egy különös kifejezési módja valamely jogszabálynak. A törvény ahelyett, hogy valamely tényállásra a szándékolt szabályt egyenesen kimondaná, azt mondja ki, hogy ezt a tényállást egy másik tényállással, amelyre nézve a szándékolt szabály már ki van mondva, azonosnak kell tekinteni, azaz, hogy úgy kell vele bánni, mint ama másik tényállással. Sőt még nem is mindenben úgy bánik el vele, legalább nem mindig.<sup>10)</sup> Azt is nagyon jól tudjuk már, hogy ha a törvényhozónak is megbocsájthatjuk, hogy némelykor a fictió mankójával könnyít magán, a tudománynak is el kell ismerni a fictióban rejlő valóságot és legkevesebbé sem szabad magának is ilyen mankót használni. A többségi esetek alapján való szabályozás lényegét azonban még nem

<sup>9)</sup> Savigny, Demelius, Ihering és a perjogra nézve Bülow óta (Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, Archiv f. die civ. Praxis LXII. 1.) Egészen félreérti még a fictió lényegét nálunk Pollák Illés Erősek és Gyengék című munkájában, aki ez ellen az egészen ártatlan jogi forma ellen, mint a hazugság államosítása ellen, egy egész fejezetben harcol.

<sup>10)</sup> Így pl. az a fictio, hogy a törvényt mindenki ismeri, nem azt jelenti, hogy azzal, aki a törvényt nem ismeri, mindenben úgy kell bánni, mint aki azt ismeri. A büntetőjog terén pl. a magánjog nem ismerése nentesít. Alább látni fogjuk, hogy az u. n. hallgatag beismerés általában nem azonosítható a kifejezett beismeréssel, hanem, hogy a törvény csak egy irányban, t. i. abban, hogy a bizonyítást az is feleslegessé teszi, bánik el úgy mint a kifejezett beismeréssel. A fictio ezek szerint nem — legalább nem mindig — tényállás megállapítási módszer. A fictióval kifejezett szabálynak egészen más ratiója lehet, mint annak, amely az eredeti tényállásra nézve áll. A fictio ebben is különbözik az u. n. praesumptio juris et de jure-től, mely az eredeti tényállást kibővíti egy további új tényállással, mely új tényállásában az eredeti tényállás esetei, mint többségi esetek szerepelnek. A praesumptio juris et de jure a practicabilitás szempontjából állittatik fel, abba a bizonyítás megkönnyítése is belejátszik (I. Ihering is az i. h. 149. 1.). míg a fictiónak semmi köze a bizonyításhoz.



ismertük fel teljesen. És ez a körülmény talán kimentí azt is, hogy itt e kérdéssel bővebben foglalkoztunk.

Alkalmazzuk ezután a most kifejtetteket a beismerésre.

Tegyük fel, hogy a törvényhozó valóban úgy okoskodik, hogy amit a fél a perben beismer, az az esetek túlnyomó többségében igaz és ennél fogva elrendeli, hogy a beismeréssel mindig, a kivételes esetekre való tekintet nélkül, úgy kell bánni, mintha az az igazságot tartalmazná. Hogy a törvényhozó valóban mennyiben okoskodik ilyes formán, majd alább fogjuk látni. Vagy tegyük fel, ámbár ezt — még feltételesen is — nehezebben engedhetem meg, hogy a törvényhozó valóban abból indulna ki, hogy a perbeli beismerés rendszerint hiteles tanusítás. Azonban ám legyen, fogadjuk el ezt is egyelőre. Azt kérjük, hogy mi következik ebből? Az-e, hogy a törvény most már minden beismerést igazmondásnak, vagy hiteles tanusításnak tekint? Vagy pedig csak legfeljebb az, hogy minden beismeréssel úgy bántunk el, mint az igazmondással vagy a tanusággal. És ha úgy bántunk el vele, szabad-e azt mondanunk, hogy ezért igazmondás vagy tanuság? Szabad-e továbbá azt mondanunk, hogy ezért minden perbeli beismerés bizonyít. Eltekintek egyelőre attól, hogy abból, hogy a beismerés igazmondás volna, még nem következik, hogy annak bizonyító erővel kell bírnia. Erről még alább lesz szó. De hogyan bizonyítson az a beismerés, amelyről a törvény tudja, hogy az sem nem igazmondás, sem nem tanuság. Mihez kapcsolja a törvény a törvényes bizonyítási szabályt akkor, amidőn nincs bizonyító ok, bizonyító ok jellegével bíró tényállás?

És végül mit tartsunk az egész érvelésről akkor, ha nem is igaz, hogy a törvény a perbeli beismeréssel úgy bántunk el, mint az igazmondással vagy a tanusággal. Egyelőre csak annyit jegyzek meg erre nézve, hogy Pollak meg sem kísérli ennek bizonyítását. Alább meg fogjuk kísérlni az ellenkező bizonyítását.

Azt lehetne ugyan mondani, hogy hiszen Pollak maga is elismeri, hogy a beismerés nem mindig tanuság és igazmondás.

Igaz, csakhogy ezt csak annak a tételének kifejtésében, megokolásában teszi, hogy a beismerés tanuság



és így ezzel mindenekelőtt ellentmondásba jön önmagával és azt a logikai hibát, hogy a fogalmat a többségi esetek alapján állítja fel, amelyet különben mint láttuk, ő maga elmélete előnyeként hangsúlyoz, még inkább előtérbe helyezi. Ha pedig azt az általános tételét, hogy a beismerés nem megállapítási cselekmény, hanem tanuság, a további kifejtéssel lerontottnak tekintjük, akkor az a kérdés merül fel, hogy mi tehát a beismerés általában és mi különösen akkor, amikor nem tanuság. Az önfelelősség és a perökonomia, Pollak szerint is csak a törvényes bizonyítási szabályt indokolja, de nem határozza meg a tanuságon kívül eső beismerés fogalmát és lényegét.

### A tanuság és a perbeli beismerés.

Ha tisztába akarunk jönni azzal a kérdéssel, hogy a perbeli beismerés a tanuvallomással és a beismerő fél a tanuval közös fogalom alá tartozik-e, mindenekelőtt szabatosan meg kell állapítanunk azt, hogy mi a tanubizonyítás lényege.

Pollak a kérdésnek ezt az ágát egészen mellőzi. Ellenben nem tér ki előre Magyary, aki elméletét a bizonyítás egész rendszerével összhangba igyekszik hozni.

A bizonyítás Magyary szerint mindig a visszakövetkeztetés egy a bíró által jelenben észlelhető tényből, egy múlt tényre. A bíróság érzéki megfigyelése alá eső tény okozata egy másik ténynek. A bizonyításnál tehát az okozatból történik a visszakövetkeztetés az okra. Ezt a tényt, amelyből a következtetés történik, Magyary, 126. l., eltérőleg az uralkodó felfogástól nem is nevezi bizonyító oknak, hanem bizonyító ténynek. A jelenben észlelhető tények azonban sohasem észlelhetők magukban véve, hanem csak bizonyos physicumokon, mint azokon az elmult tények által okozott állapotváltozások. „Ezek a physicumok, amelyek a múlt tény által előidézett alapváltoztatást magukban hordják: a bizonyító eszközök. Lényegileg kétfélék: tanuk és szemletárgyak. Az előbbiek bizo-



nyos szellemi, az utóbbiak pedig közönséges physical állapotváltozásokat testesítenek meg.

Ha valaki a multban egy bizonyos eseménynek megtörténtét érzékeivel megfigyelte, ez bizonyos nyomokat hagy az ő szellemi világában, az ő szellemében bizonyos állapotváltozás áll be, amely abban jut kifejezésre, hogy az illető tény megtörténtére emlékszik. Ha ő valakinek a jelenben erről közléseket tesz, ez csak annak a következménye, hogy ő azokat megfigyelte. Szóval az emlékezés és az arról való közlés csak okozata a megfigyelésnek, mely bizonyos mult tényre irányult. Ennek következtében az, aki ebből a közlésből értesül a mult tényről, okozati következtetés útján vesz róla tudomást. A bírós is ilyen okozati következtetést végez, mikor a perben egyes személyeknek előadásából bizonyos multban történt tényre következtet. Ezek a személyek mind tanúk, mert a közös fogalmi kellék, hogy az ő előadásukból történik a visszakövetkeztetés, valamennyinél megvan“ (127. és köv. l.).

Nem foglalkozom egyelőre Magyary bizonyítási elméletével általában. Most csak a tanuról van szó és pedig a tanuról a szó közönséges értelmében, azaz a tanuról, mint bizonyító eszközről.

Nem szükséges, hogy itt a tanunak fogalmát minden irányban megvizsgáljuk. Minket itt csak az a tétel érdekel, hogy a tanunak közvetlen észlelésén alapuló tudomását, érzéki benyomásának eredményét kell a bíróval közölni. Lényegileg ezt a tételt fogadja el Magyary is kiindulási alapul, csak hogy ő realisticusabban fogja fel azt, mint közönségesen szokás. Részemről nem idegenkedem ettől a felfogástól, mely a tanubizonyítás lényegét élesen kidomborítja. A tanu annál fogva bizonyító eszköz, mert a bírós rajta bizonyos bizonyító okot, tényt észlelhet. Közös jellege ez a tanunak a szemletárggyal, ideértve az okiratot is.<sup>11)</sup> Egy kis eltérés azonban mégis van közöttünk,

<sup>11)</sup> Annak a nézetemnek, hogy a tanu lényegileg szemletárgy, már 1880-ban kifejezést adtam Beiträge zur Theorie des Klagrechts című munkámban, 102. l. 68. j. Ezt a — nézetem szerint — nagy



melyet nem hallgathatok el. Szerintem ugyanis a tanuban a bizonyító okot nem mint alapváltozást, hanem általánosabban mint állapotot, vagy mint a tanunak azt a minőségét kell felfogni, amely annak az eredménye, hogy ő valamely tény meg-, vagy meg nem történtét észlelte. Az is észlelés, ha valaki azt észlelte, hogy valamely tény nem történt meg.<sup>12)</sup>

Ez az eltérés azonban nem érinti a mi kérdésünk lényegét és ezért ha Magyary kiindulási alapjánál megállana, mindjárt meglehetnénk az összehasonlítást a tanuság és a beismerés között. Magyary azonban érvelése további folyamában mind tovább és tovább távolodik el alapjától, amíg nem oda jut, hogy a tanu közlése, előadása az, amiből a visszakövetkeztetés történik; a közlés a lényeges, a fogalmi kellék, amellyel szemben háttérbe

horderejű és eddig kellően nem méltányolt tételt, a szövegben alább következő vonatkozástól eltekintve, ezuttal nem fejthetem ki.

<sup>13)</sup> Magyary szerint (126. és 127. l.) bizonyos tények meg nem történtét mindig csak oly tények bizonyításával lehet kideríteni, amelyek megtörténte kizárta ama bizonyos tények megtörténtét. Azaz Magyary szerint a negatívum csak indirecte bizonyítható (a másodlagos kizáró következtetés azonban szerinte nem is bizonyítás). A tanuval tehát e szerint soha sem lehetne azt bizonyítani, hogy valami, mondjuk bizonyos helyen és időben, nem történt meg pl. hogy valakit nem lőttek agyon, hogy gázrobbanás nem történt, hanem csak azt, hogy ott és akkor más történt, és ha a tanu erre a másra nem emlékezik, akkor vallomása értéktelen volna. Mellesleg, ha ez áll, akkor a fél a negatívumot, pl. hogy a pénzt a kötelezvény ellenében nem olvasta le, a bíróság előtt hatályosan be sem ismerhetné és az eskütt sem lehetne directe a negatívumra szövegezni. És ha igen, ez már egymagában megdöntené az egész elméletet a beismerés tanuság természetéről. Azonban nem fektetek erre súlyt, mert nézetem szerint a helyes bizonyítási elmélet és Magyary bizonyítási elmélete sem kényszerít arra a feltevésre, hogy a negatívumot directe nem lehet bizonyítani. Az a körülmény, hogy a tanuban nincs meg valamely esemény látásképe vagy hallásképe, holott annak, ha az esemény megtörtént, ott kellene lennie, elegendő következtetési alapul szolgál a bírónak, éppen úgy, mint ahogy pl. a maximalis hőmérő változatlan állása eléggé bizonyítja, hogy hőemelkedés nem történt. Amint a szemlétárggyal, úgy a tanuval is lehet valamely negatívumot bizonyítani. Arra, hogy a negatívum és a pozitívum között hol legyen a határ, nem is akarok kiterjeszkedni.



szorul az érzéki benyomás.

Ez a további kifejtés kétségkívül alkalmas arra, hogy közelebb hozza a perbeli beismerést a tanusághoz, de nem felel meg a tanubizonyítás lényegének. Ezzel szemben kénytelen vagyok az alaptételt védeni.

Igaz, hogy nem elég, ha a tanuban a közvetlen észlelés eredménye benne van, a tanunak nem csak tudni, hanem tudomását közölni is kell. Valamint az okirat és általában a szemletárgy nem bizonyít, ha azon a bizonyító ok nem szemlélhető, úgy a tanú is értéktelen, ha a benne rejlő bizonyító ok fel nem ismerhető, ha a tudomást nem lehet belőle kiolvasni. A tanu közlése és a szemletárgy közlése között nincs lényeges, fogalmi különbség. A bíró megszemléli a tanut és a szemletárgyat is, mindeniket a maga módja szerint. A szemlélésnek ez a módja a szemletárgynál igen különböző, míg a tanunál a szemlélésnek egy bizonyos módja kiválóan és elsősorban alkalmas, amely mód ezért itt különösen előtérbe lép. A legtokéletesebb módja volna a tanu megszemlélésének, ha valamely módon közvetlenül ki lehetne olvasni a tanuból az érzéki benyomást. Mivel azonban ez nem lehetséges, egyéb eszközökhöz folyamodunk. Nem tudjuk kinyitni az edényt, nem bonthatjuk le a falat, tehát megkopogtatjuk és így megállapíthatjuk, hogy üres-e vagy teli. Kikérdezzük és (rendszerint) szóbeli nyilatkozatra, közlésre, valloásra kényszeríthetjük a tanut, akaratának az eskütétellel és a hamis eskü következményeivel való befolyásával. Mindazonáltal a kihallgatás nem az egyedüli módja a tanu megszemlélésének. A bíró még ott is, ahol a törvény megköti őt a tanubizonyíték mérlegelésére nézve, nemcsak a tanu vallomását és annak a törvényben megszabott kellekeit szemléli, hanem meg kell szemlélnie a tanut egészben, meg kell állapítania annak tulajdonságait, amelyek a vallomás hitelességét befolyásolják. Még inkább előtérbe lépnek a szemlélés, illetőleg a közlés egyéb módjai, ott, ahol a bíró a bizonyítékot szabadon mérlegeli. Itt a bíró reá van utalva arra, hogy a tanuban olvasson. Figyelembe kell vennie a tanu egész viselkedését, szóval a tanu tudása vagy nem tudása minden nyilvánulását. Ismeretes,



hogy a szemlélés, illetőleg a közlés eme egyéb módjaiból kiderülhet, hogy a leghatározottabb vallomás nem a tanu tudásának, érzéki benyomásának nyilvánulása, míg viszont a bíró ezen az uton a gyarló előadás ellenére is megállapíthatja a tanu tudását. Ennek megfelelően a szabad mérlegelés alapján álló perjogok arra törekszenek, hogy a tanu megszemlélését minél tökéletesebbé tegyék, nevezetesen a közvetlenség, a felek kérdezési jogának kifejlesztése és a tanuk szembesítésének megengedése után. Ennek megfelelőleg továbbá háttérbe szorulnak azután a tanubizonyításnak némely garanciái is. A bíróság még gyermekeket, gyenge vagy fejletlen értelműeket és hamis esküvőket is kihallgathat és pedig eskü nélkül és bizonyító erőt tulajdoníthat nekik, ha sikerült neki a bennük rejlő érzéki benyomást megállapítani.

Viszont a kihallgatás nemcsak nem egyedüli módja a tanu megszemlélésének, hanem nem is kizárólagos módja abban az értelemben, hogy az a szemletárgy megszemlélésénél lényegileg alkalmazható nem volna. Az elmebetegség megállapítása végett is kérdéseket intézhetnek a megszemlélt — szemletárgyul szolgáló — egyénhez és pedig emlékező tehetségének kiderítése végett, arra nézve is, hogy valamely elmúlt eseményre emlékszik-e. Hasonlag előfordulhat a kikérdezés, amidőn valakinek munkaképességét, ismereteit, képességeit kell megállapítani.

A tanunak közlése ezek szerint lényegileg nem különbözik attól a közléstől, amely minden bizonyító eszköznek sajátja. Éppen azért a közlés magában véve nem lehet elég a tanu fogalmához. Aki az ellenkezőjét állítja, annak vagy azt kell mondani, hogy a bizonyító eszköz fogalmához nem szükséges, hogy az bizonyító okot vagy tényt tartalmazzon és közöljön, vagy pedig azt, hogy a tanu nem bizonyító eszköz.

A tanunak tehát bizonyító okot kell közölni és ez a bizonyító ok a tanu közvetlen észlelésének, érzéki benyomásának eredménye, vagy mint közönségesen mondják, a tanu közvetlen észlelésén alapuló tudomása. Ez általában van ismerve. Közmondásszámba megy, hogy a tanunak tudni kell és nem hinni. Elismerik és feltételezik ezt



törvényeink is. És pedig nemcsak az 1868-iki perrendtartás kívánta meg 190. §-ában, hogy a tanuk vallomásai „közvetlen tudomáson alapulók legyenek“, hanem ugyan-ezen az állásponton áll a bűnvádi perrendtartás<sup>13)</sup> és a sommás eljárásról szóló törvény is, melynek idevonatkozó rendelkezései a rendes eljárásra is kiterjednek. Nevezetesen az utóbbi törvény 89. §-a szerint a tanunak azt kell előadni, amit tud és hozzá kérdést kell intézni, különösen annak megállapítása végett, hogy tudomását honnan merítette. A 93. §. továbbá fenntartja a 68-iki perrendtartásnak azt a bizonyítási szabályát, hogy a tanut vallomására meg kell esketni, és pedig a perrendtartás 204. §-a szerint, azaz tudomására. A bíróság tehát a tanunak — a 91. §. kivételes eseteitől eltekintve — nem tulajdoníthat hitelt, ha a tanu az esküt tudomására le nem teszi. Nyilvánvaló, hogy a törvény feltételezi, hogy a bíróság a 91. §-ban felsorolt esetekben is csak akkor használhatja fel a tanu vallomását bizonyítéknak, ha megállapíthatja, hogy a vallomás a tanu tudomásán alapul. Ellenkező esetben el kellene fogadnunk azt a képtelenséget, hogy amíg a kifogástalan tanuak vallomása csak akkor szolgálhat bizonyítéknak, ha a tanu letett esküje szerint tudomásán alapul, addig a 14 éven alóli gyermekeknek, a fejletlen vagy gyenge értelműeknek, valamint a hamis esküért vagy tanúságért már jogerejűleg elítélteknek pusztá hite, véleménye, általában egyszerű kimondása már bizonyítéknak felhasználható. Világos továbbá, hogy a törvény 91. §-a azt a tanut, aki elmebeli vagy testi fogyatkozásánál fogva a valóságot meg nem tudhatta, nemcsak megesketni nem engedi, hanem kimondásának bizonyító erőt sem akar tulajdoníttatni.

Azonban nemcsak általában el van ismerve, hogy a tanu csak annyi bizonyít, amennyiben közvetlen észlelésén alapuló tudomását közli a bíróval, hanem ez

<sup>13)</sup> 192. §. első bekezdés: „Tanuk gyanánt.... megidézendők mindazok, akikről fel lehet tenni, hogy a... fontossággal bíró ténykörülményről, közvetlen észleleten alapuló tudomásuk van.“ V. ö. még a 192. §. második bekezdését, a 210, 211. és a 217. §-t is.



a mai bizonyítás természetéből is szükségképpen következik. Ma ugyanis a bizonyítás abban áll, hogy a bírószerű következtetés útján meggyőzetik valamely tényállítás valóságáról vagy valótlanságáról. Ez a következtetés ma a bírónak feladata, aki erről — hacsak nem mint esküdt ítél — számot is köteles adni, azaz meggyőződését indokolnia kell. Ma tehát a tanunak, hogy bizonyító eszköznek legyen tekinthető, alapot kell szolgáltatnia a bírónak, amelyből ez következtethessen és meggyőződését alkothassa. És ha a tanu nem érzéki benyomásának eredményét közölné a bíróval az abból való következtetés végett, hanem saját következtetése útján nyert meggyőződését, véleményét vagy általában (bárhonnan szerzett) tudását szolgáltatná a bírónak elfogadás végett és a bíró ezt magáévá tenné, akkor a tanu nem mint bizonyító eszköz, hanem mint bíró, mint a birói tevékenység osztályosa szerepelne, hasonlóan, mint ahogy bíróként szerepel az esküdt.

Más volt a tanunak szerepe a régi német és a magyar perben is, mint ma.<sup>14)</sup> Összefügg ez azzal, hogy ott a bizonyítás nem az állítás valóságának tárgyi megállapítása, hanem az állítás formális megerősítése által történik.<sup>15)</sup> E megerősítés módjaként szerepel a tanu esküje is, amelyhez a bizonyító fél esküje járul. Maga az állítás, amelyet megerősítenek (a bizonyítási tétel), nem, vagy legalább nem mindig tiszta tényállítás, hanem jogilag minősített tényállítás, sőt jogállítás is.<sup>16)</sup> A tény és a jog-

<sup>14)</sup> L. Plank, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter nach dem Sachsenspiegel und verwandten Rechtsquellen* II. köt, 104—107. §., Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte* 49—58. l. A régi magyar jogra nézve l. Hajnik. A perdöntő eskü és az előzetes tanubizonyítás a középkori magyar perjogban című akadémiai értekezését 1881-ből, és *A magyar bírósági szervezet és perjog az Árpád- és a vegyes-házi királyok alatt* című munkáját, 276—311. l.

<sup>15)</sup> Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, 162. l., Planck az i. h. 2—12. l.

<sup>16)</sup> Plank, 3. és köv. l. és 76. és köv. l., Brunner, 47., 48. l. Így pl. a bizonyítási tétel, amelyet a tanu esküjével erősített, az volt, hogy a fél az igaz örökös, hogy a fél a lovat fiatal korától fogva felnevelte és hogy az az övé, stb.



állítás éles elkülönítése ismeretlen. A tanuk nem tudomásuk okát tárják fel a bíró előtt avégből, hogy az ebből következtesen, hanem esküjökkel maguk ítélnék.<sup>17)</sup> A tanu tudomása vagy tudomásának lehetősége csak mint a tanu-nak formális kelléke szerepel, csak *legitimatio* az eskühöz való bocsátásra nézve és azt csak mint ilyent hozzák tisztába.<sup>18)</sup> Az esküt a tanu nem vallomására és nem arra teszi le, amit észlelt, hanem a félnek állítására, amelyet esküjében ismétel.<sup>19)</sup> A pert a tanuk és a fél<sup>20)</sup> esküje dönti el és a bíróságnak ezt a döntést, ha az szabályszerű alakban történt, el kell fogadnia. minden mérlegelés nélkül. Habár az *inquisitio* útján való tanukihallgatásnál a tanuzás formája más és a tanu esküje helyett vallomása lép előtérbe, az az alapgondolat, hogy a tanu lényegileg ítél, továbbra is fennmarad. A tanu nemcsak közvetlen észlelésén alapuló tudásáról (*testis de scientia*), hanem hitéről, a köztudatról is (*testis de credentia*) tesz vallomást, mond *verdictet*.<sup>21)</sup> A régi német perben tehát a

<sup>17)</sup> Planck, 76. l.

<sup>18)</sup> Így pl. az ügyleti tanunál ezt a körülményt, másoknál a fél nemzetségéhez tartozóságot stb. l. Brunner 541., Planck 104. §. Siegel 232. l.

<sup>19)</sup> L. a tanuk esküjének különböző alakjára nézve l. Planck, 81. és köv. l. Planck szerint a tanu nemcsak a bizonyítási tételre, hanem arra is letehetette az esküt, hogy a fél esküje tiszta és nem hamis (*rein und unmein.*) Plank szerint ugyanis (73. l.) a *Sachsenspiegel* és az ahhoz csatlakozó jogforrások értelmében a tanu és az együttesküvő között nincs éles ellentét. Mig mások szerint ez a forma az együtt-esküvő esküjének formája és a tanu mindig csak a bizonyítási tételre, a fél állítására tette le az esküt (így Brunner is 54. l., l. még Siegel, 162., 194. és köv. l. és a többi *lex*-ek eltérő felfogására 264. és köv. l.). Nálunk az Árpádkorban a tanu esküje „tartalmára nézve a fél esküjével megegyezett, ahhoz egyszerűen csatlakozott. Az Árpád-kori tanubizonyításnál tehát a bizonyító erő abban az esküben rejtett, amellyel a tanuk a fél esküjének erejét fokozták, nem pedig vallomásukban.” stb. L. Hajnik, perjog, 282. l.

<sup>20)</sup> A *Sachsenspiegel* joga szerint a tanuk esküje mellett (előtt, között vagy után) a fél esküje is szükséges volt, l. Planck, 81. és köv. l. L. más jogokra Brunner, 54–57. l. Nálunk a tanúkkal rendszerint a fél is esküdött, l. Hajnik perjog, 281. l. a 32. jegyzetnél.

<sup>21)</sup> L. Brunner, pl. a frank *inquisitio*ra nézve 124. l. a normann-ra nézve 177. l. Érdekes, hogy a normann jogforrások, az egyes bizo-



tanu tulajdonképpen a mai értelemben vett birói functiót végzett és így csak természetes volt, hogy az ilyen tanukból utóbb birói jellegük tovább fejlesztésével valóságos bírák váltak, amint ezt az esküdszék keletkezésének története mutatja.<sup>22)</sup> Ezzel szemben a régi tanuból, a *testis de scientia* különválása útján fejlődik ki a mai tanu, aki birói jellegéből kivétközítve, mint tiszta bizonyító eszköz szerepel.

Minden félreértés elkerülése végett ki kell itt még emelnem, hogy a mai tanu közvetlen észleletén alapuló tudomása alatt nem csupán az érzéki benyomást, a látásképet, a hallásképet stb. kell érteni. Magyary úgy látszik csak erre gondol, amidőn azt mondja, hogy a tanu érzéki megfigyelésének nyomai abban jutnak kifejezésre, hogy ő az illető tény megtörténtére emlékszik. Ujabban jóformán általában elismerik, hogy a tanu mindig ítéletét, vagy legalább ítéletét is közli a bíróval.<sup>23)</sup> Nem szükséges, hogy e kérdésbe mélyebben belebocsátkozzunk és különösen megvizsgáljuk azt, hogy a tanú, ki egy általa nem értett szóra emlékszik, valamely az észlelés előtt még soha nem látott embert vagy tárgyat, vagy nem hallott hangot felismer, stb. Mennyiben ítél és különösen, hogy az észlelésről annak megtörténtekor alkotott ítéletét közli-e a bíróval. Mindenesetre kétségtelen, hogy a tanu, aki azt vallja, hogy valamely ló sárga, valamely tárgy kicsiny vagy nagy, könnyű vagy súlyos volt, avagy, hogy valamely esemény távol vagy közel és milyen távolságban történt, ítéletet mond. Hasonlag ítél a szakértő tanu is, amidőn pl. azt vallja, hogy ő egy lősebet gyógyított, vagyis hogy a seben azokat a sajátságokat ismerte fel, amelyek a lősebet jellemzik. Még inkább előtérbe lép az ítélés akkor, amidőn a tanu magát az érzéki benyomást már nem tudja

nyitási módokat és nevezetesen az *inquisitiót* is, legesek-nek nevezik, amelyek eldöntik a bizonyítás kérdését, *per quas contentiones singule deciduntur*.

<sup>22)</sup> L. erre nézve Brunnernek többször idézett munkáját, amely az esküdszékek eredetét minden kétséget kizáróan felderítette.

<sup>23)</sup> L. Planck, *Lehrbuch des d. Civilprocessrechts*, II. köt. 197. l. Stein *Das private Wissen des Richters* 9. l.



emlékébe visszaidézni, hanem csak az arról alkotott ítéletét. Glaser<sup>24)</sup> mint egy különös esetét említi fel a tanuvallomás határozatlanságának, midőn a vallomás egy concret individualis ténykörülmény helyett azt az ítéletet tartalmazza, amelyet a tanu magának különböző időben tett észleletek alapján alkotott. Példaként felemlíti azokat az eseteket, amidőn valakinek élet- vagy üzleti szokásairól, két személynek egymáshoz való viszonyáról stb. van szó. Ilyenkor szerinte az egyes concret eseményeket kell ugyan kutatni, amelyeket a tanu észlelt, de az, hogy a tanu nem tud magának minden egyes eseményt hely, idő és egyéb körülmények szerint emlékébe visszaidézni — gyakran az ellenkező volna feltűnő — nem foszthatja meg a vallomást hitelességétől.

Glaser esete azonban nem egy elszigetelt eset. A tanu pl. aki nem emlékszik már arra, hogy a felek minő szavakat mondtak, de arra emlékszik, hogy a felek tárgyalásának eredménye az volt, hogy a felperes megvette az alperestől ennek szürke lovát 200 K-ért, szintén csak ítéletet közöl és vallomása mégis hiteles lehet.

Mindez még közvetlen észlelésen alapuló tudomásszámba megy, mert nem egyéb, mint az észlelés, az érzéki benyomás eredménye. Hogy az észlelés többé vagy kevésbbé feldolgozott alakban jut-e a bíróság tudomására, még nem döntő a tanuság fogalmára nézve. Hiszen az észlelés feldolgozás nélkül jóformán nem is juthat a bíróság tudomására. Az erősebb feldolgozás legfeljebb azt a feladatot rója a bíróra, hogy most már a feldolgozás helyességét is megvizsgálja, különösen a tanunak arra való képességét, értelmességét, gyakorlati ismereteit, szakértelmét.

Ezzel azonban elérkeztünk a tanuság határához. Mi helyt a tanu nem az általa észlelt tényről mond ítéletet és nem csupán tapasztalati tétel alá subsummálja az észleltet, hanem tovább következtet, megszűnik tanu lenni. A tanu, aki pl. főnöke könyveinek tartalmából következtet arra, hogy főnöke egy harmadiknak kölcsönt adott, nem

<sup>24)</sup> Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprocess 261. l.



lesz tanu a kölcsönadás tényére nézve. A hallomásbóli tanu, amint ismeretes, csak arra a tényre nézve tanu, hogy mástól valamit hallott, de nem arra nézve, hogy az, amiről hallott, valóban megtörtént.

Magától érthető ezek után az is, hogy aki a bíróság előtt valamely akaratkijelentést tesz, habár az a bíróságra nézve irányadó is, nem tanu. Így pl. nem tanu az engedményező, aki közli a bírósággal, hogy az engedményes által beperesített követelést valóban engedményezte, feltéve, hogy nem az a döntő, hogy mikor történt az engedményezés.<sup>25)</sup> Nem tanú a fél, aki a bírósággal közli, hogy ügyvédjét meghatalmazza, az auctor, aki a pert elvállalja, stb.

Ezek után vonjuk le a következményeket.

A mai értelemben vett tanuságnak fogalmához, lényegéhez tartozik a közvetlen észlelésen alapuló tudomás, a beismerésnél ez nem lényeges.

A fél a polgári perben — másként mint a bűnvádi eljárásban<sup>26)</sup> — teljes hatállyal beismerhet olyan tényeket is, amelyeket sohasem észlelt, sőt nem is észlelhetett. Az örökös, akit az örökhagyó valamely ügylete alapján perelnek, beismerheti az ügylet létrejöttét, habár az még születése előtt történt. A fél beismerheti még a nálánál idősebb ellenfél törvényes születését is, általában leszármazását. A vak, a süket beismerhet tényeket, amelyeket csak látással vagy hallással lehet észlelni. Egészen mindennapos dolog továbbá, hogy a fél az üzletében, gazdaságában, háztartásában stb. előfordult olyan tényeket ismer be, amelyeket maga nem észlelt. Mindezek a példák nem kivételes esetek, hanem a beismerésnek rendszerinti ál-

<sup>25)</sup> A polg. perrendtartás törvényjavaslata 312. §-ának utolsó előtti bekezdése az ilyen személyeket legalább annyiban világosan megkülönbözteti a tanuktól, hogy azokat, amennyiben nyilatkozatuk hatálya az esküvel való megerősítéstől nem függ, eskü nélkül rendeli kihallgattatni.

<sup>26)</sup> Ez a főkülönbség a polgári és bűnvádi eljárás beismerése között és nem csupán az, hogy, mint Pollak 114. l. véli, az állam a polgári perben takarékosabb és ezért minden beismeréssel, akár igaz, akár nem, egyformán bánik el.



lományához tartoznak. Ezeket az eseteket tehát nem lehet már ebből az okból sem, azzal a különben is semmitmondó érveléssel agyonütni, hogy a fogalmat a rendszertípi esetek alapján kell megalkotni.

Nem szorulunk ezek után reá, hogy azokra a valóban ritkább esetekre is hivatkozzunk, amelyeket egyedül szokás felemlíteni,<sup>27)</sup> amidőn t. i. a fél meggyőződése nélkül vagy éppen annak ellenére ismeri be az ellenfél tényállításának valóságát. Ide tartozik pl. az az eset, amidőn a fél azt hiszi, hogy az ellenfél tényállításán nem fekszik súly és nem akarja ellentmondásával a per tartamát és költségeit szaporítani, továbbá amidőn a fél a valódi tényállást szégyenérzetből vagy más okból titokban kívánja tartani, avagy a beismeréssel az ellenfél javára saját hitelezőit akarja megkárosítani, vagy amidőn a fél tévedésben van. Az is előfordul, hogy a beismerés kölcsönös meg egyezés tárgya; az egyik fél hajlandó bizonyos tényeket beismerni, ha a másik fél is beismer bizonyos tényeket.

Az általános felfogás szerint a beismerésnek ezekben az esetekben is teljes hatálya van és pedig még akkor is, ha a fél tudomásának hiánya, vagy éppen ellenkező tudomása a beismerésben is kifejezésre jut. Ez a döntés a rendelkezési elméletből önként következik és ha igaz, annak legerősebb támasza.<sup>28)</sup> Nehezebben boldogul vele a tanuság elmélete. Mindazonáltal magát a döntés helyességét elfogadja Magyary is. Szerinte a félnek az a kijelentése, hogy ő beismerésével nem akar igazat mondani, hanem csak ki akarja jelölni azokat a határokat, amelyek között a bíró mozogjon, midőn ítéletet hoz, nem olyan rendelkezés, amelynek valami jelentősége volna. A bírónak, úgymond, a törvény szerint a beismerés alapján ítéletet kell hoznia, azaz a multa kell visszakövetkeztetni; ennek következtében, ha a fél beismerését ilyen rendelkező indokolással el is látja, az a bíró szemében még-

<sup>27)</sup> L. pl. Pollak, 110. l.; Bülow, Geständnissrecht, 34. l.; Wach Geständniss, Archiv für Civil. Praxis 64. k. 247. l.

<sup>28)</sup> Így Wach is az előbbi jegyzetben idézett helyen, 247., 248. l. Wach szerint egyébiránt az, hogy a fél csupán csak az eljárás egyszerűsítése végett ismer be, igen gyakran fordul elő.



sem lehet egyéb, mint a mult megismerésének forrása.<sup>29)</sup> Azzal a kérdéssel, hogy a bírónak a beismerés esetében mennyiben kell ítéletet hozni és hogy vissza kell-e következtetnie a multa, alább fogunk foglalkozni. Itt Magyary érvelésével szemben elég arra rámutatnunk, hogy az ilyen beismerésben tulajdonképpen nem az a rendelkezés, hogy az ellenfél tényállítása nem igaz, hanem az, hogy a fél azt ennek ellenére beismeri. Magyary érvelése inkább arra az esetre illenék, amidőn a fél kijelenti, hogy az ellenfél állítása igaz, de azért azt mégis tagadja. Ha a beismerésben valami lehet tanuság, ez nyilvánvalóan csak annak a kijelentése lehet, hogy a tény valóban megtörtént, hogy az állítás igaz, és ha a bíróság a beismerés esetén valamiből egyáltalában visszakövetkeztethet a multa, ez csak az lehet, hogy a beismerésben benne foglaltatik a tény megtörténtének kijelentése.<sup>30)</sup>

Azonban ismétlem, nem szorulunk reá, hogy ezekre a valóban ritkább esetekre hivatkozzunk, bár az igazság kedvéért nem hallgathatjuk el, hogy a beismerés fogalmának megalkotásánál, lényegének megállapításánál, ezeket a kivételes eseteket sem szabad figyelmen kívül hagyni.

Mi arra a döntő kérdésre fektetjük a súlyt, hogy hogyan lehetséges az, hogy a törvény tanuságnak tekintse a perbeli beismerést, amidőn a beismerésnél arra, ami a tanuságnak lényege, sehol sem fektet semmi súlyt. A ta-

<sup>29)</sup> Magyary 170. és 171. l. L. még 108. és 110. l. is.

<sup>30)</sup> Nem vonja kétségbe a tudva valótlan beismerés hatályát Bülow sem, csak azt nem fogadja el, hogy azért a beismerést a bizonyításról való lemondásnak kelljen tekinteni. Szerinte, Geständnisrecht 35—37. l., az említett kivételes esetekben tényleg közel fekszik az a gondolat, hogy a beismerő fél lemond valamiről. Ezt a lemondást azonban szerinte nem lehet a beismerés alkatrészévé tenni, hanem az a beismerést csak kísérheti, mert ez a lemondás csak a nem igaz beismerésnek adná meg erejét, ellenben az a beismerés, amely igaz, nem volna a lemondásra alapítható és amennyiben a lemondás a beismerés lényegét képezné, nem is volna beismerés. A nem igaz beismerés tehát erősebb volna, mint az igaz. Ez az érvelés különben, amely csak a lemondási elmélet cáfolata kíván lenni, nem is érinti azt a kérdést, hogy a kifejezetten nem igaz beismerés is hatályos-e?



nuság ereje positive azon alapul, hogy a vallomás a tanu közvetlen észleletének eredményét közli és a vallomás ereje azonnal megsemmisül, mihelyt kiderül, hogy a tanu a tényt, amelyről vall, közvetlenül nem észlelte. Ellenben a perbeli beismerésnél a fél közvetlen észlelése egészen közömbös. A törvény hatályosnak tekinti azt a beismerést is, amelyből a közvetlen észlelés lehetetlensége nyilvánvalóan kitűnik, sőt a közvetlen észlelés hiánya okából még a beismerés visszavonását sem engedi meg. Hiszen a törvényhozó, aki csakugyan tanuságnak tekintené a perbeli beismerést és mégis így rendelkeznék, abban a pillanatban tagadná meg rendelkezésének alapgondolatát, amikor gyakorlati jelentősége volna, amikor kenyértörésre kerül a dolog.

Kétségtelen, hogy ezt a nagy ellentmondást nem oszthatja el az a magában véve is téves feltevés, hogy a törvény törvényes bizonyítási szabállyal mondja ki a beismerés bizonyító erejét.<sup>31)</sup> A törvényes bizonyítási alap felállítása ugyanis még nem hozza magával azt, hogy a törvény azokat a feltételeket, amelyekből a beismerés bizonyító ereje függ, ne szabályozza és nevezetesen, hogy — ha a beismerést tanuságnak tekinti — a fél közvetlen észlelésén alapuló tudomását akár positive mint megalapító körülményt, akár legalább negative, mint hiányában a bizonyító erőt kizáró körülményt meg ne állapítsa. Hiszen amidőn a törvény a tanukra nézve állított fel bizonyítási szabályt, szintén megkivánta, hogy a vallomás a tanu közvetlen tudomásán alapuljon.

Az az általános tapasztalati tétel, amelyre Magyary hivatkozik (129. l.), hogy t. i. a fél önmaga ellen valótlán állításokat nem szokott valóknak elfogadni, indokolhatja ugyan azt, hogy a törvény a beismerésnél eltekintsen azoktól a garanciáktól, amelyekkel a közönséges tanu vallomását körülveszi, de nem indokolhatja azt is, hogy a törvény — feltéve, hogy a beismerést egyáltalában tanuságnak tekinti — a tanuság fogalmi kellékét, bizonyító erejének alapját teljesen figyelmen kívül hagyja. Hiszen

<sup>31)</sup> L. Magyary, 138. és 144. l.



a bíróságon kívüli beismerésnél is a fél önmaga ellen tesz hátrányos nyilatkozatot és amennyiben az mint tanúság szerepel, bizonyító erejét mégis kétségtelenül lerontja az a körülmény, hogy a beismerő a beismert tényt nem észlelte. Egészen el is tekintünk egyelőre attól, hogy a perbeli beismerés fogalmához másként, mint a perenkívüli beismeréshez nem szükséges a nyilatkozat hátrányossága abban az értelemben, hogy azt a beismerő maga is tudja, holott a hátrányosság csakis ebben az értelemben fokozhatja a nyilatkozat hitelességét.

Egyébiránt sem Pollak, sem Magyary nem tekintik a beismerés bizonyító erejét megállapító törvényes szabályt olyan merevnek, hogy az megszorításokat ne tűrne meg. Nem fektetünk súlyt arra a magában véve is helyes megszorításra, hogy a köztudomással, vagy a bíró hivatalos tudomásával ellenkező beismerés, valamint a lehetetlennek beismerése, amely szintén ellenkezik a bírónak hivatalból figyelembe veendő tudomásával, nem hatályos. Ezt a korlátozást eléggé indokolja az a körülmény, hogy ezekben az esetekben nincs bizonyításra szükség. De nincs ilyenkor a bizonyítás megkimélésének szabályozására sem szükség, sőt ez a megszorítás még a rendelkezés elméletével is összhangba hozható, mert azt lehet mondani, hogy a lehetetlenről nem lehet rendelkezni, és hogy ott, ahol a bíró kötelessége a fél jogával jut összeütközésbe, az előbbi erősebb. Azonban mind Pollak mind főleg Magyary azt is megegyeztethetőnek tartják a törvényes bizonyítási szabállyal, hogy a beismerés visszavonható legyen, ha kiderül, hogy a beismerés nem igaz, vagyis ha a bírót meggyőzzük a beismerés ellenkezőjéről.<sup>32)</sup> Megjegyzem, hogy ahhoz, hogy valaki ezt a nézetet helyeselve, nem szükséges, hogy a tanúság elméletének híve legyen. Vannak mások is, akik ezt a megoldást, arra való tekintettel, hogy a perjogi törvény legfőbb elve az igazság kiderítése, kívánatosnak tartják.<sup>33)</sup> Sőt a tanúság elméleté-

<sup>32)</sup> Pollak, 117., 166. l.; Magyary 215., 222. l. Így egyébiránt a régibb írók közül már Danz is, Grundsätze des ord. Processes, 5. kiad. 1821., 299. §.

<sup>33)</sup> Így Demelius, Confessio 385, és köv. l.; Schmidt, Handbuch



nek hivei nem is következetesek, amidőn ezt a megoldást tartják megfelelőnek. Ha a beismerés tanuság, bizonyítás, akkor az ellenbizonyítás annak erejét, visszavonás nélkül is le kell, hogy rontsa.<sup>34)</sup> Hisz a bizonyítás lerontásához elég az ellenbizonyítás, minden visszavonás nélkül is. Például elég az ellenbizonyítás magában véve a bíróságon kívüli beismerés erejének lerontásához is. De most nem erre fektelem a fősúlyt, hanem azt kérdelem, hogy ha már a törvényes bizonyítási szabály megtűri az ellenkező bizonyítást, akár visszavonással, akár anélkül, miért nem tűri meg az észlelés hiányának bizonyítását is, akár visszavonással, akár anélkül.<sup>35)</sup> Ha törvény, amelynek a legfőbb elve az igazság kiderítése, azon az alapon teszi meg a beismerést az igazság kiderítésének eszközévé, hogy az tanuság, akkor talán csak mégis figyelembe kellene vennie azt az esetet, amidőn nyilvánvalóan kiderül, hogy a beismerés mint tanuság nem szolgálhatja az igazság kiderítését.

Aki elfogulatlanul ítél, lehetetlen, hogy reá ne jöjjön arra, hogy a törvény nem tekinti és nem tekintheti a perbeli beismerést komolyan tanuságnak, hanem valamely más alapgondolatból kell kiindulnia.

Ámbár ma általában elismerik, hogy a beismerés hatályossága nem függ a félnek tudomásától,<sup>36)</sup> mégis nem

des deutsch. Civilprocessrechtes, 455. l.; I. Hellwig is, Lehrbuch d. deutsch. Civilprocessrechts II. köt. 45. l. 20. jegyzetben.

<sup>34)</sup> Elég óvatosan, de nem elég világosan nyilatkozik e részben Pollak, 165. l., amidőn azt mondja, hogy ha a beismerés visszavonása egyáltalában lehetséges, ez csak az ellenbizonyítás, a cáfolat alakjában történhetik.

<sup>35)</sup> Midőn Pollak, 117. l. a beismerés visszavonását tudomáshiba (Wissensmängel) miatt megengedi, úgy látszik erre az álláspontra helyezkedik, ezt a gondolatot azonban nem fejti ki tovább, sőt a 166. lapon már világosan az ellenbizonyítást, azaz a beismerés ellenkezőjének bebizonyítását kívánja meg. Csak a beismerés mint bizonyító eszköz ellen, azaz amennyiben az nem csupán megállapítási cselekmény, hanem tanuság is, engedi meg Wach, az i. h. 251. l., a tudás forrása elégtelenségének felderítését, mint bizonyítéki kifogást.

<sup>36)</sup> A régibb íróknál előfordul az ellenkező nézet is. Így Kelemen Institutiones Juris Hungarici III. 151. l. megkívánja, hogy a perbeli



tartom feleslegesnek, ha ez alkalommal megvizsgáljuk azt, hogy mennyiben felel meg e tan a törvény rendelkezésének. Nem törődünk azzal, hogy a bizonyítás tulajdonképpen nem a mi feladatunk.

Mindenekelőtt meg kell jegyeznem, hogy nem szabad úgy érvelni, hogy mivel minden nyilatkozat, amely nem tagadás, feleslegessé teszi a bizonyítást, azaz a beismerés hatályával bír, ennél fogva minden nyilatkozat, amely nem tekinthető tagadásnak, beismerés számba megy.

Abban a tekintetben ugyanis, hogy az állítás bizonyítása feleslegessé válik, a nem nyilatkozásnak is ugyanaz a hatálya van, mint a beismerésnek. Abból tehát, hogy az állítást valamely nyilatkozat után nem kell bizonyítani, még nem következik, hogy ama nyilatkozat beismerés, — mert az is lehetséges, hogy az a nyilatkozat nem tagadás ugyan, de nem is beismerés, hanem hatálytalan nyilatkozat, azaz jogilag nem nyilatkozás.

Már pedig a nem nyilatkozás nem azonos a beismeréssel.<sup>37)</sup> Az ugynevezett hallgatag beismerés nem beismerés és nem volt beismerés nevezetesen az 1868-iki ptrs. szerint sem, ámbár ez 159. §-ában a nem tagadást kifejezetten beismerésnek tekinti és hallgatag beismerésről is beszél. A törvény itt egyszerűen fictió alakjában fejezi ki szabályát. Ahelyett, hogy azt mondaná, az az állítás, amelyet az ellenfél nem tagad, nem szorul bizonyításra, azt mondja, hogy a nem tagadás esetében a bizonyítás feleslegességére nézve a beismerés szabályát kell alkal-

beismerés „de facto confitentis proprio” szóljon: hasonlólag Frank. A közigazság törvénye, II. 155. l. aki szintén szükségesnek véli, hogy a valló „maga ellen és maga tettéről nyilatkozzon”. Ugyanez a nézet található Danznak fentebb a 32. jegyzetben idézett könyvében 292. §. „Ein Geständniss ist eine überlegte Erklärung, durch welche einer der streitenden Theile die Wahrheit einer eigenen Thathandlung . . . einräumt. (L. ez ellen már Gönner, Handbuch des d. gem. Processes, 2. kiad. 1804-ből, 37. 1. l. 4. §.) Sajátságos, hogy Frank e mellett a beismerés erejét nem arra alapítja, „mintha amit valaki önként elismert, soha valótlan nem lehetne”, hanem (helyesebben) arra, hogy „amiben a perlekedők megegyeznek, azt a bíró tovább nem vizsgálja” (154. l.).

<sup>37)</sup> Így Magyary is, 115. l.



mazni, vagy még rövidebben — bár nem szabatosan — hogy a nem tagadást beismerésnek kell tekinteni. Hogy az u. n. hallgatag beismerés nem beismerés a törvény szerint sem, azonnal szembeötlik, ha a visszavonhatóság kérdésére gondolunk. A nem nyilatkozás minden visszavonás nélkül — a visszavonás tulajdonképpen nem is lehetséges — egyszerűen pótolható tagadással. Igaz, hogy ott, ahol az eshetőségi elv uralkodik, tehát nálunk a rendes eljárásban, a pótlás nem lehetséges, kivéve, ha a fél a határnap elmulasztása miatt igazolással él.

Ez a pótolhatatlanság azonban, amely más mulasztásokra nézve is áll, nem a tagadás elmulasztásának beismerési jellegéből, hanem az eshetőségi elvből következik. Mellesleg ebből az a furcsaság származik, hogy míg, legalább a törvény értelmében, a tagadás elmulasztása éppen úgy, mint valamely állítás elmulasztása, a perújítástól eltekintve nem orvosolható, addig a beismerés bizonyos feltételek mellett magában a perben visszavonható.

Attól a felfogástól tehát, hogy a kifejezetten tudomás nélkül, vagy tudomás ellenére történt beismerés azért beismerés, mert nem tagadás, szabadulnunk kell, és ennek érvelésünkben semmi befolyást sem szabad engednünk.

Megengedhetőnek tartom azonban a következő érvelést.

A S. E. 61. §-ának második bekezdése, amely a rendes eljárásra is ki van terjesztve, azt mondja ki, hogy a bíróság a körülmények szorgos méltatása alapján belátása szerint ítéli meg azt, hogy a félnek olyan nyilatkozata, mely szerint az ellenfél tényállításának valóságáról nincs tudomása vagy arra nem emlékszik, tagadásnak tekinthető-e?

Magyary a nem tudással vagy nem emlékezéssel való nyilatkozást, mint a beismeréssel és tagadással egyenrangú harmadik nyilatkozatot említif el.<sup>38)</sup> Szerinte ez

<sup>38</sup> 80. és 81. l. Illetőleg Magyary szerint négy nyilatkozat volna, mert ő a kifogást is ide sorolja, 230. és 231. l. is Szerinte a kifogásban is van beismerő elem (qui excipit non fatetur). Ebbe a kérdésbe nem bocsátkozom bele.



is a tudomás kijelentések közé tartozik. Alperes tudja, hogy a kereseti tények megtörténtek (beismer), tudja, hogy nem történtek meg (tagad), vagy nem tudja, hogy megtörténtek-e? Valóban azonban a dolog úgy áll, hogy míg a beismerés és tagadás érdemleges nyilatkozat az ellenfél tényállítására, addig a nem tudással való nyilatkozat kitérés az érdemleges nyilatkozás elől, annak kijelentése, hogy a fél érdemlegesen nem nyilatkozik; csak-hogy nem egyszerű kijelentése, hanem indokolt kijelentése, vagyis a nem nyilatkozás indokolásának kijelentése. A törvény a tényállításra érdemleges nyilatkozatot kíván, azaz olyant, amely az állítást akár positive, akár negative fedi, de nem akarja a lelkiismeretes felet arra kényszeríteni, hogy meggyőződés nélkül nyilatkozzék és esetleg valótlanúságot legyen kénytelen mondani, és ezért felmenti őt a nyilatkozás terhe alól, ha feltételezhető, hogy nincs tudomása a tényről, vagy nem emlékszik arra.<sup>39)</sup> Ennek a felmentésnek következménye már most az, hogy a nem nyilatkozás következményei nem állanak be, hanem az állítás a nem nyilatkozás dacára mint kétes bizonyítandó, más szavakkal, fictióval kifejezve, a következmény ugyanaz mint a tagadásé.<sup>40)</sup>

Ami ebben a rendelkezésben minket itt különösen érdekel, ez az, hogy a törvény a fél részére csak mentességet, kedvezményt állapít meg, amelyet azonban a félnek nem kell igénybe vennie. A fél, aki nem tudja ugyan, hogy hogyan történt a dolog, de nem tartja valószínűnek, hogy felperes állítása igaz legyen, nem hisz

<sup>39)</sup> A német prts. 138. §-a már akkor, de csakis akkor menti fel a felet az érdemleges nyilatkozás alul, ha a tény a félnek nem saját ténye, vagy azt közvetlenül nem észlelte. A magyar törvény kevésbé merev és méltányosabb. Méltánytalan pl. valakit arra kényszeríteni, hogy számtalan ingóságai bármelyikének megszerzésére vonatkozó tényre nyilatkozzék. Egyébiránt a mi kérdésünkre nézve az eltérés nem lényeges. Bizonyos, hogy a fél a német törvény szerint oly tényt is beismerhet, amelyet közvetlenül nem észlelt.

<sup>40)</sup> Hogy a törvény itt fictióval él, kiemeli Magyary is, 89. és 91. l. Nem oszthatom azonban sem azt, hogy ez a szólásforma törvényben nagy hiba volna, sem pedig azt, hogy a törvény e §-a a beismerés fictióját is felállítaná.



felperesnek, vagy általában nem akarja érdekének megóvását a bíróság belátására bízni, kétségkívül jogosítva van a mentesség igénybevétele nélkül egyszerűen tagadni, és pedig teheti ezt akként is, hogy emellett nemtudását is kifejezésre juttatja. Minthogy pedig a törvény nem csupán a tagadás, hanem általában a nyilatkozás terhe alóli mentességet állapít meg, kétségtelen, hogy a fél, aki nem tudja ugyan a tényt, és ezt ki is jelenti, de hisz a felperesnek, vagy különben jónak látja, beismerést is tehet.

Már itt megemlítem, hogy részemről azt sem tartom képtelenségnek, hogy a fél a nem tudás kijelentése mellett tényállítást tegyen. Mindennapos dolog, hogy a fél olyan tényeket állít, amelyekről közvetlen észleletén alapuló tudomása nincs, sőt nem is lehet. És hogy ezt a törvény is megengedettnek tekinti, kitűnik a perrendtartás 225. §-ának az esküre vonatkozó rendelkezéséből is.<sup>41)</sup> Bizonyos az is, hogy ma már nem kívánunk öntudomást, bajos volna meghatározni a tudomás fokát, amely az állításhoz szükséges legyen. A végén oda kell jutnunk, hogy elég a vélekedésnek az a foka, amely abban jut kifejezésre, hogy a fél a tényt egyáltalán állítja. És ez helyesen is van így. Lehetnek esetek, amidőn a fél nem tudja és nem tudhatja meg a valót, és mégis nem volna méltányos őt jogának érvényesítésétől elzárni. Ha rosszul állított, majd tagadni fogja az ellenfél, és a bizonyítási eljárásban majd kiderül a valóság. Ezt a bizonyítási eljárást nem csak avégből szabad a félnek igénybe vennie, hogy saját tudomásáról a bírót meggyőzze, hanem avégből is, hogy objektíve megállapíttassa a tényállást. Erre gyakorlati szüksége is lehet a félnek. Lehetséges ugyanis, hogy kétségtelen joga van, de a tényt, amely jogát megalapítja, nem tudja határozottan előadni. Például a félnek kárt okoztak. A kártételt csak három egyén követhette el, Ezt tudja a fél. De azt, hogy valóban mind a három egyén részt vett a kártételben, vagy csak kettő, avagy csak egy, nincs módjában megtudni. Abban a kérdésben,

<sup>41)</sup> „Ténykörülmények iránt, melyeket nem maga a perben álló fél, hanem csak egy harmadik . . . ismer öntudomásából stb.”



hogy a több együttes kártevő közül ki mennyiben okozta a kárt, a magánjog segítségére jön a fél tudomása hiányának, midőn az együttes kártevőket egyetemlegesen teszi felelőssé az okozott kárért. Ellenben abban a kérdésben, hogy együttes kártétel forog-e fenn, csak a perjog segíthet a fél tudatlanságán. Nincs ok reá, hogy miért ne tegye ezt, és nincs ok különösen arra, hogy miért ne tegye ezt a lelkiismeretes féllel szemben is, aki meg is mondja, hogy azt, amit állít és amit állítani kénytelen, maga sem tudja biztosan.

Egy másik érv amellet, hogy a törvény a beismerés hatályosságához nem kívánja meg a fél tudomását, a törvénynek a beismerés visszavonására vonatkozó rendelkezéséből merithető. A német perrendtartás 290. §-a szerint a beismerés csak akkor vonható vissza, ha a fél bebizonyítja, hogy a beismerés nem felel meg a valóságnak, és hogy azt tévedés okozta. Ez a törvény tehát nem hagy fenn semmi kétséget arra nézve, hogy a beismerés csupán csak a fél tudomásának hiánya miatt vissza nem vonható. A mi sommás eljárási törvényünk szerint a bíróság a körülmények szorgos méltatása alapján itéli meg, hogy a beismerés visszavonás által mennyiben veszti erejét. Lényegileg hasonlóan rendelkezik az osztrák perrendtartás 266. §-a is. Ezek a törvények már nem döntenek el oly világosan a kérdést, mint a német perrendtartás. Mindenesetre azonban nem mondják ki azt, hogy a tudomás hiánya esetén a beismerés visszavonható, ami pedig igen közel feküdt volna, ha különben a beismerést tanúságnak tekintenék. És e törvénynek előzményei sem nyújtanak alapot arra, hogy minden beismerés már annál fogva megerősíthető legyen, mert a fél a tényt nem észlelhette vagy nem észlelte.

Szándékosan nem szólottunk itt arról az esetről, amidőn a fél kifejezetten tudomása ellen ismeri be az ellenfél tényállítását. Arra nézve, hogy az ilyen beismerés érvényes-e vagy érvénytelen-e, a törvény rendelkezéseiben nem találunk közvetlen támpontot. Ezt a kérdést csak a beismerés helyes elméletéből oldhatjuk meg. Egyelőre csak azt jegyzem meg, hogy az ilyen tagadás,



tudom hogy igaz, de azért mégis tagadom, vagy az ilyen állítás, tudom hogy nem igaz, de azért mégis állítom, mindenesetre képtelenség volna.

Összefoglalva az eddigieket, azt hiszem megállapíthatjuk, hogy a beismerés és a mai tanuság között mélyreható, a fogalom lényegét illető különbség áll fenn.

### Tudomáskijelentés és igazmondás.

Mind Pollak, mind Magyary szerint a perbeli beismerés nemcsak tanuság, hanem tudomáskijelentés (Wissenserklärung) és igazmondás is.<sup>42)</sup> Hogy mit kelljen tudomáskijelentés és igazmondás alatt érteni, ezt nem fejtik ki. E fogalmak náluk a tanusággal összefolynak s úgy látszik, hogy azokat ezzel egyenértékűeknek veszik. Sőt Pollak még egymásból is következteti azokat. Jellemző erre nézve a fentebb már idézett következő gondolatmenete: a beismerés rendszerinti oka, hogy a tény a siker valamely kilátásával nem tagadható, mert hiszen igaz; ha tehát az ilyen beismerés tudomáskijelentés, akkor annak tanuságtermészete nem szorul már magyarázatra.

Nem tartom feleslegesnek ezeket az újabban divatos fogalmakat kissé közelebbről megtekinteni. Tudtommal általában nincsenek kellően tisztázva.<sup>43)</sup>

Tudomás vagy tudás (Wissen) alatt, objectiv értelemben véve e szót, az én felfogásom szerint, a valóságnak megfelelő elméleti képzetet kell érteni. A tudomáskijelentésnél azonban nem lehet az objectiv értelemben

<sup>42)</sup> Pollak, 112. és köv. l.; Magyary, 103. és 108—114. l., továbbá 80. és 81. l.

<sup>43)</sup> Így pl. Planck, aki nagy súlyt helyez a beismerésnek, mint akaratkijelentésnek és mint tudomáskijelentésnek megkülönböztetésére, amely két főosztályba szerinte mind a bíróság előtti, mind pedig a bíróságon kívüli beismerés tartozhatik, a beismerést mint tudomáskijelentést vagylagosan Auskunftsertheilung-nak is nevezi és a kijelentés tartalmát abban állapítja meg, hogy valamely a nyilatkozóra hátrányos körülmény igaz és emellett a fél tudomáskijelentését nemcsak a tanu, hanem a szakértő tudomáskijelentésével is összeállítja. (V. ö. Lehrbuch, 61. és 64. §.)



vett tudásról szó, hanem csak arról a tudásról, amelyet valaki saját tudásaként ad elő. Ebben a subjectiv értelemben a tudás olyan képzet a valóságról, amelyet semmiféle más képzet nem zavar. A kétely hiánya, a teljes biztosság jellemzi a tudást a többé-kevésbbé erős vélekedéssel szemben.<sup>44)</sup> Hogy a subjectiv értelemben vett tudás csakugyan megfeleljen a valóságnak, nem szükséges annak fogalmához. Igen sokat tudtak a régiek századokon keresztül, amiről utóbb kiderült, hogy az nem felel meg a valóságnak és a tudományok haladása ma is folytonosan változtatja tudásunk állományát. Még gyengébb lábon áll az egyesek tudása, amelynek értéke nagy mértékben az illető egyéniségétől is függ. Szóval a tudásnak kijelentése és az igazságnak kijelentése nem esik mindig össze.

Nem tartozik továbbá a tudás fogalmához, és pedig az objectiv tudáshoz sem, hogy tudásunkat hogyan szereztük. Van tudásunk, amely saját észlelésünkön alapul. Lehet, hogy tudásunk következtetés eredménye. Sokat másoktól tudunk, az iskolából hoztuk magunkkal, könyvekből tanultuk stb. Gyakran pedig tudásunk okát nem is tudjuk megmondani.<sup>45)</sup>

Látjuk tehát, hogy a tudomáskijelentés és a tanuság nem azonos fogalmak. Legfeljebb azt mondhatjuk, hogy a tanuság egy különös faja a tudomáskijelentésnek. Ámbár, ha nagyon élesen és helyesen akarunk distingválni, azt kell mondanunk, hogy a tanuság lényege nem is a tudomáskijelentés, hanem a tudomás okának feltárása. A bíró abból következtet, hogy a tanu látta, észlelte a tényt

<sup>44)</sup> Stein, Das private Wissen des Richters, 28., 29. és 171. l., ugylátszik a biztosságot nem tartja a tudás lényegéhez tartozónak. Ha azonban ennek igazolásául arra hivatkozik, hogy a tapasztalati tételek nem egyformán biztosak, akkor nézetem szerint összecseréli a tudást és annak tárgyát. Én azt is tudhatom, és biztos lehetek benne, hogy valami bizonytalan, pl. tudom, hogy a legpontosabb észlelés sem nyújt abszolút biztosságot a valóságra nézve. Az emberi tudás az objectiv tudáshoz mérve persze gyakran vagy éppen mindig bizonytalan. Egyébiránt Stein a tudást és a meggyőződést sem különíti el élesen egymástól.

<sup>45)</sup> Ezt Stein is kiemeli pl. a szakértőre nézve az 54. lapon.



és nem abból, hogy tudja. Semmiesetre sem mondhatjuk azonban azt, hogy minden tudomáskijelentés tanuság, valamint azt sem mondhatjuk, hogy a tanuság nem egyéb mint tudomáskijelentés általában.

A tanuság elméletének követői részére ugyan kellemes és kíváncsatos lehet, hogy a tanuság fogalma lehetőleg kitágíttassék, hogy így azután a beismerés fogalmát mégis csak inkább el lehessen helyezni a tanuság fogalma alá. Azonban a beismerés tanuság elméletének ezek a tágitási kísérletek sem használtak. Aki a beismerést tágabb értelemben vett tudomáskijelentésnek tekinti, az már megtagadta azt, hogy a beismerés tanuság. De a beismerés nem is tudomáskijelentés.

Bülow szerint<sup>46)</sup> a beismerés mindenekelőtt azért nem tudomáskijelentés, mert a beismerő, és pedig a bíróság előtti és a bíróságon kívüli beismerésben egyaránt, csak azt jelenti ki, hogy valami igaz, nem pedig azt, hogy tudja, hogy igaz. Részemről erre nem fektetek súlyt, mert hiszen ha a tudás hiányában a beismerés hatálytalan volna, akkor mégis csak tudomáskijelentésről lehetne szólni, legalább is hasonló joggal, mint ahogy akaratkijelentésekről beszélünk ott is, ahol a fél nem használja ezt a kitélt: akarom. A bíróságon kívüli beismerésnél Bülow is fontosnak tartja, hogy a beismerő az igazságról meg legyen győződve.<sup>47)</sup>

Nem lehet azonban a perbeli beismerést azért tudomáskijelentésnek tekinteni, mert a beismerés ereje, amint már fentebb kifejtettük, nem függ a beismerő tudásától. A kifejezetten a tudás hiányában tett beismerés sőt az általános felfogás szerint még a kifejezetten a tudás ellenére történt beismerés is hatályos. A beismerő tudása a jog szerint szóba nem jön és nem is vizsgálható.<sup>48)</sup> A perenkívüli beismerés lényege pedig nem a tudomáskijelentés, hanem a tanuság.

De a tudomáskijelentés fogalma nem azért nincs

<sup>46)</sup> Geständnisrecht, 185. l.

<sup>47)</sup> Az i. h. 179. l.

<sup>48)</sup> Így Bülow is az i. h. 179., 180. l.



meghatározva, hogy azon szükségből tágitani ne lehessen. Tényleg meg is teszik. Pollak már azt is tudásnak tekinti, ha valamely tény a siker kilátásával nem tagadható. Magyar pedig a tudást többször a meggyőződéssel helyettesíti. Megteszik ezt különben mások is.<sup>49)</sup> A meggyőződés és a tudás azonban nem azonos fogalmak. A tudást — subjectiv értelemben — a kétely hiánya jellemzi, míg a meggyőződésnél ez nem szükséges, elég, ha a kétely le van győzve. Ellenben míg a meggyőződés mindig valamely ok vagy okok eredményeként jelentkezik, addig a tudásnál a tudás okának nem kell szerepet játszania.

A meggyőződésnek fokozatai vannak. Erős meggyőződést kívánunk meg a bírónál ahhoz, hogy valamely tényt valónak tekinthessen. Ha ennek a meggyőződésnek a fokára nézve objectiv kriteriumot keresünk, ezt talán abban találhatjuk, hogy az ellenkezőnek felvétele már ne legyen többé észszerű. De lejjebb is mehetünk a meggyőződés fokozatain. Az óvatos ember gyakran meggyőződését is csak véleménynek nevezi, a kevésbé óvatos ellenben igen hamar elkészül meggyőződésével. Mentülejjebb megyünk a meggyőződés fokozatain, annál több fér el a perbeli beismerésből a tudomáskijelentésnek nevezett meggyőződéskijelentés fogalma alatt. Az egész azonban sehogy sem fér el, mert a törvény a beismeréshez sem tudomást, sem meggyőződést nem kíván meg. Egyikl re sem fektet súlyt.

A perbeli beismerést egyébiránt nemcsak azért nem helyes tudomáskijelentésnek nevezni, mert lényegileg nem az, hanem azért sem, mert a perben a szó szoros értelmében vett tudással és annak kijelentésével is találkozunk.<sup>50)</sup> Ilyen tudása van a bíróságnak köztudomás esetében, amelyet ítéletében ki is jelenthet. Ugyancsak tudás a bíróság hivatalos tudomása is. Tág tere van továbbá a bíró tudásának jogszabályok és a tapasztalati tételek körében. Szintén tudomás- vagy meggyőződés-kijelentést tesz a szakértő a tapasztalati tételekre nézve, valamint a tanu

<sup>49)</sup> Így pl. Bülow, 179. l.; Wach, Geständniss, 255. l.

<sup>50)</sup> L. általában a bíró tudásának szerepére a perben Steinnek többször idézett érdemes munkáját.



is, amidőn arról van szó, hogy az észleletéről alkotott ítéletéhez szükséges tapasztalati tételt vagy fogalmat ismeri-e. Mindezekben az itt csak érintett esetekben igazi tudásról és tudomáskijelentésről van szó, amelynél nevezetesen, eltekintve a hivatalos tudomástól, a tudomás oka közömbös és nem lép előtérbe.<sup>51)</sup>

Áttérünk az igazmondás kérdésére.

Pollák és Magyary is abban az értelemben tekintik a beismerést igazmondásnak, hogy az, amit a beismerő mond, igaz, azaz, hogy a beismerés tartalma megfelel a valóságnak, legalább rendszerint. Pollák elméletének ez az alapja, a kiindulási pontja, amelyből ő a beismerés bizonyító erejét elsősorban származtatja. Magyarynál ellenben az igazmondás elméletének inkább kisegítő szerepe van, de ő is felhasználja azt a beismerés bizonyító erejének megalapítására.

Első pillanatra úgy látszik, hogy Bülow is az igazmondás elméletének hívei közé volna számítható. Bülow azonban a perbeli beismerést tulajdonképpen nem igazmondásnak, hanem igaznak kijelentésnek tekinti (Wahrheitsbestätigung, Wahrheitserklärung). Szerinte a beismerés fogalma abban foglalható össze, hogy az a félnek a perbiróság előtt tett nyilatkozata, hogy valamely az ellenfél részéről állított és a félnek joghátrányára szolgáló tény igaz.<sup>52)</sup>

Bülow ezt a fogalommeghatározást különösen Planck ellen állítja fel, aki szerint a bizonyítást kizáró perbeli beismerés akaratnyilvánítás, amelynek tartalma lemondás arról a perbeli jogról, hogy az ellenfél támadásának megalapítása ellen egyszerű tagadással védekezzék. Ezzel

<sup>51)</sup> Így pl. a tanu azt vallja, hogy A. B.-nek két métermáza X fajú árpát adott kölcsön. Hogy ez a vallomás bizonyítson, annak a tanu saját észleletén kell alapulnia. Kérdés támadhat azonban, hogy a tanu ismeri-e az X fajtájú árpát, továbbá tudja-e, hogy a mérleg mikor mutat két métermázsát. A bíró tehát valamely módon megbizonyosodik a tanu ebbeli tudásáról. Hogy honnan ismeri a tanu az X fajtájú árpát és honnan szerezte meg a mérés eredményének megítélése körüli ismereteit, egészen közömbös. Elég, hogy megvan a tudása.

<sup>52)</sup> Geständnissrecht, 44. l.



szemben Bülow a beismerő nyilatkozat valódi tartalmát kívánja előtérbe helyezni. Fogalommeghatározása tulajdonképpen nem egyéb, mint a beismerés tartalmának körülírása. És ebben az értelemben nagyjában elfogadható. Mondhatjuk, hogy a perbeli beismerés annak kijelentése, hogy az ellenfél tényállítása igaz. Éppen olyan joggal, mint ahogy azt is mondhatjuk, hogy a tagadás annak kijelentése, hogy az ellenfél tényállítása nem igaz. Tökéletesnek azonban nem mondhatjuk ezt a körülírást, mint olyant sem, mert az magában véve nem fedi a beismerésnek és illetőleg a tagadásnak minden alakját. Még kifejtésre, kiterjesztő magyarázatra szorul, hogy megálljon. Így pl. a tagadás ilyen meghatározása nem fedi azt a tagadást, mely állítással történik (*negatio per positionem alterius*) és általában az u. n. indirekt tagadás, ideértve az u. n. korlátolt beismerésnek ama eseteit is, amelyek tagadásszámba mennek. Alább látni fogjuk, hogy a beismerés, amely az állítást megelőzi, külsőleg is mint egyszerű tényállítás jelentkezik. A tagadásra nézve én azért már régen azt a fogalommeghatározást tanítom, hogy az az ellenfél tényállításának valóságával össze nem egyeztethető nyilatkozat, vagy mint most helyesebbnek vélem, ténybeli előadás.

Bülow fogalommeghatározása egyébiránt a beismerés jogi természetét nem érinti. Innen van, hogy az ő körülírását a végén más elmélet követői is elfogadhatják, amint hogy azt pl. Magyary is magáévá teszi (164. l.).

Hogy azonban az igaznak kijelentés és az igazmondás között igen nagy különbség van, ez azonnal nyilvánvaló lesz előttünk, ha arra gondolunk, hogy az is igaznak jelent ki valamit, aki hazudik, de természetesen nem mond igazat. Maga Bülow is világosan kimondja, hogy az, vajjon a fél a valót akarta-e mondani, és hogy a beismert tény valóságáról meg volt-e győződve, a bíróság előtti beismerés hatályára nézve teljesen közömbös, és ő a beismerésnek a bizonyítást kizáró hatását, mint alább látni fogjuk, egyáltalában nem abból származtatja, hogy a beismerés igazmondás volna.

Mindazonáltal Bülow fogalommeghatározása némi-



leg utat nyit annak a félreértésnek, mintha ő a beismerést igazmondásnak tekintené. Sőt maga Bülow se ment ettől a félreértéstől, amidőn a perbeli beismerést a perenkivüli beismeréssel közös fogalom alá vonja, és azután mind a kettőt más — szerinte szintén — u. n. igaznak kijelentések mellé, nevezetesen az állítások, a tanuságok és a fél eskütételei mellé helyezi, amely utóbbiaktól szerinte a beismerések alapjukban véve csak abban különböznek, hogy a beismerőre nézve hátrányos tényre irányulnak.<sup>53)</sup> Menthető ezek után, ha Magyary Bülow-t az igazmondás elméletének hívei közé számítja. (63. és 147. l.)

Visszatérve a tulajdonképpeni igazmondásra, mindenek előtt megállapíthatjuk azt, hogy az igazmondás és a tanuság fogalmai nem azonosak.

A tanuság lényege az érzéki benyomás, illetőleg az érzéki benyomás eredményének közlése és nem az igazságnak közlése. Az igazság a tanuságnak csak következménye. De csak rendszerinti és nem szükségképpeni következménye. Lehet, hogy a tanu hiven közli érzéki benyomásának eredményét, és az, amit közöl, mégsem igaz.

Feltűnő példája az észlelési hibának a színvakság esetében fordul elő. A színvak tanu hiven közölheti azt az érzéki benyomást, melyet benne az észlelés előidézett és vallomása mégsem felel meg a valóságnak. Hogy azután ebből a vallomásból és az ismert észlelési hibából együttvéve a bíró esetleg mégis megállapíthatja az igazságot, ez csak annak fényes bizonyítéka, hogy az érzéki benyomás az igazság megállapításánál csak következtetési alapul szolgálhat. Nagyot tévedne a bíró, aki például a színvak tanut mellőzné.

Azonban ne vegyük ilyen szigorúan a dolgot, ámbár nem látom be, hogy minek operáljunk hamis fogalmakkal, különösen akkor, midőn arról van szó, hogy a fogalomból messze terjedő következteléseket vonjunk le.

<sup>53)</sup> Az i. h. 44. és 149. és köv. l. Félreértésre ad különben okot már az a vagylagosan használt elnevezés is, Wahrheitsbestätigung, a 178. lapon meg éppen Wahrheitsbekundung.



Ha a lényegét a következménnyel helyettesítjük, ami a közönséges életben gyakran előfordul, akkor mondhatjuk, hogy a tanuság lehet igazmondás, de akkor sem mondhatjuk, hogy minden tanuság igazmondás.

Még kevésbbé mondhatjuk azt, hogy minden igazmondás tanuság. Azért, mert valami igazmondás, még nem tanuság. Igazat különféle alapon lehet mondani, még véletlenül, öntudatlanul is. Ami különösen minket érdekel, lehet igazat mondani következtetés alapján is. Igazat mond nevezetesen — rendszerint — a bíró is ítéletében, pedig nem tanu.

A tanuságelmélet védőinek tehát nincs igazuk abban, hogy a beismerést felváltva tanuságnak és igazmondásnak tekintik, és hogy e két fogalmat azonosítják, vagy éppen séggel, mint Pollak, a beismerés tanuság természetét az igazmondásból származtatják.

De az sem igaz, hogy a beismerés igazmondás volna. Gyakran, megengedem, hogy az esetek tulnyomó többségében igazmondás, elég gyakran tanuság, még gyakrabban tudomáskijelentés, különösen ha a meggyőződést is tudomásnak tekintjük, néha a hit kifejezése, néha pedig éppen csak a beismerő akaratát tartalmazza. És a jog mégis mindig egyformán bánik el a beismeréssel, legalább egyelőre. Jele, hogy a beismerésnek egyik természetére sem fektet súlyt, egyiket sem valósítja meg.

Mindenesetre nem valósítja meg a törvényhozó azt a gondolatot, hogy a beismerés igazmondás. Nem úgy bánik el a perbeli beismeréssel, mint a hogyan el kellene vele bánnia akkor, ha a beismerés az igazságot tartalmazná. Nevezetesen az egyik perben történt beismerés a másik perben csak mint bíróságon kívüli beismerés vehető figyelembe. A másik perben tehát már nem a beismerés pusztá ténye az irányadó, hanem a beismerés bizonyító ereje más feltételektől is függ. Kérdjük miért? Az igazság mindenütt igazság. Ennek a súlyát Magyary is érzi, de azzal igyekszik alóla szabadulni, hogy habár a beismerés megtörténte a másik perben is közokirattal megállapítható, de világosságának és határozottságának könnyű ellenőrzése, a másik per bírósága részéről mégsem lehetséges,



(188. l.) Hogyan? Tehát csak a tanusítás tökéletlenségén mulik a dolog? A törvényhozó, aki a perbeli beismerés megítélését reábizza a bíróra, nem bizik meg abban, hogy a beismerés hatályának lényeges feltételeit hitelesen tanusítsa? És azután, hogy állunk az írásbeli perben, a periratban történt beismeréssel? Az talán csak nem lényeges, hogy melyik bíró olvassa a periratot? És azután az ilyen perbeli beismerés: nem tudom, hogy igaz-e az, amit az ellenfél állít, de beismerem, vagy éppenséggel tudom, hogy nem igaz, de beismerem, csakis azért nem bizonyítana a másik perben, mert világossága és határozottsága könnyen ellen nem őrizhető és ezért az ilyen beismerés ott bizonyít.

Szintén nem úgy bánik el továbbá a törvényhozó a beismeréssel, mint az igazmondással, a midőn megengedi, hogy a fél azt esetleg visszavonhassa, vagy legalább perujítás esetén megerőtleníthesse, korlátlanul, mint az 1881-iki novella óta, vagy csak különösen ki nem vett esetekben, mint az 1868-iki perrendtartás 317. §-ának c) pontja szerint. Mennyivel másként bánik el a törvény a letett esküvel.

Reá kell itt még mutatnom arra, hogy sem a tudomás- vagy meggyőződés kijelentés, sem pedig az igazmondás elmélete nem fér meg jól a perbeli beismerés bizonyító erejével, melyet annak, mind Pollak, mind Magyaray tulajdonítanak.

Már fentebb, a tanuság kapcsán említettük, hogy a mai perben valamely tény valóságáról meggyőződni bírói feladat. És ugyanez áll a tudásra nézve is. Ha tehát a törvény elrendeli, hogy a bíró a beismerést annál fogva, mert a fél meggyőződésének vagy tudomásának kijelentése, ítéletében irányadónak tekintse és teszi ezt úgy, hogy nemcsak nem kívánja meg a bírótól, hogy a fél tudomásának vagy meggyőződésének okait figyelembe vegye, hanem az ok vizsgálatától és figyelembe vételétől a bírót el is tiltja, — akkor a törvény nem bizonyítást szabályoz, hanem a félre bízta a bírói funkciót és a bírónak csak a fél döntésének elfogadását hagyta meg. Nem változtat ezen még az sem, ha a törvényhozó maga is azt



hiszi, hogy ő törvényes bizonyítási szabályt állított fel, sőt ha ezt az elméleti álláspontját kifejezetten ki is mondja. A törvényhozó a valóságban ilyenkor a bizonyítás gondolatáról már áttért arra a gondolatra, hogy a bíró meggyőződését a fél meggyőződésével helyettesítse. Az a körülmény, hogy a nyilatkozat a beismerőre hátrányos, emellett mint erős ok szerepelhet arra nézve, hogy a törvényhozó a döntést megnyugvással a félre bizza.

Még világosabban ellenkezik a beismerés állítólagos bizonyító természetével az igazmondási elmélet. Ha ugyanis tudjuk, hogy az, a mit a beismerő kijelent, igaz, akkor minek kívánjunk még bizonyítást. Hiszen az eredmény, amelyet a bizonyítás létesíthetne, már készen ott fekszik előttünk, az igazmondást, a verdictet a bírónak csak el kell fogadni és ki kell mondani. A törvényhozó tehát, aki a beismerést az igazság kijelentésének tekinti, az igazság megállapítását már reá bízta a félre és a bírónak csak e verdict elfogadását hagyhatja meg.

### A perbeli beismerés nem bizonyít.

Az az álláspont, hogy a perbeli beismerés mint olyan bizonyít, nézetem szerint már az eddigi fejtegetésekkel legalább is meg van győngítve. Sőt ha Magyaryval abból indulunk ki, hogy bizonyítani csak bizonyító eszközzel, nevezetesen pedig tanuval és szemletárggyal, illetőleg okirattal lehet, akkor a beismerésnek tanúság természetével együtt annak bizonyító természete is meg van cáfolva.

Azonban nem zárkozhatunk el annak a tapasztalati tételnek igazsága elől, hogy az, amit valaki tudva saját hátrányára komolyan kijelent, többnyire megfelel a valóságnak és hogy ennél fogva az ilyen kijelentés tartalmának valósága mellett bizonyos valószínűség harcol, vagyis, hogy az ilyen kijelentés többé-kevésbé erős indiciummal szolgálhat. A végén tehát lehetséges volna, hogy a törvényhozó ezt a valószínűséget, bizonyos célszerűségi okokból törvényes bizonyítási szabállyal teljes bizonyító



erőre emelje. Van ugyan aggályom arra nézve, hogy a törvényhozó, aki állítólag abból indul ki, hogy a perben az ítéletnek csak az igaz tényállítások fektethetők alapul, hogyan elégedhetik meg az ilyen valószínűséggel és hogyan privilegiálhatja azt annyira, mint azt tényleg teszi, de ez az aggály egymagában nem volna döntő. Eltekintek attól is, hogy a törvény, amint látni fogjuk, még arra sem fektet súlyt, hogy a beismerő tudja-e előadásának hátrányosságát, holott a beismerésben rejlő indicium erejére ennek a körülménynek lényeges befolyása volna.

Magyary a perbeli beismerés bizonyító természetét a bizonyítás lényegével is bizonyítani akarja. Követnünk kell őt ezen az uton is, hogy a kérdést alaposan elintézzük, meg azért is, mert Magyary idevonatkozó fejtegetéseiben olyan tételeket állít fel, amelyek a megbeszélést magukban véve is megkívánják.

Magyary szerint a bíróság a perbeli beismerésből visszakövetkeztet valamely elmúlt tényre és mivel a visszakövetkeztetés valamely elmúlt tényre bizonyítás, a perbeli beismerés is bizonyít. Ez a gondolat Magyarynál uralkodik a felett a másik gondolat felett is, hogy a perbeli beismerés tanuság. A beismerésnek azért kell tanuságnak lenni, mert a beismerő közléséből épp úgy visszakövetkeztetés történik, mint a tanu vallomásából (129. l.). E miatt a felfogás miatt háttérbe kell szorulniok a tanuság fogalmi ismérveinek is. Az állam Magyary szerint kijelölheti bírójának azokat a forrásokat, amelyekből a multa visszakövetkeztessen, s így hatalmában áll elrendelni azt is, hogy minden más forrás mellőzésével és esetleg ellenére is, csupán a beismerésből következtessen a multa (138. és köv. l.).

Nehogy beleegyezőnek látszassam, mindenek előtt meg kell jegyeznem, hogy nem osztom azt a nézetet, mintha a bizonyítás mindig visszakövetkeztetés volna. Nemcsak a multat, hanem a jelent, sőt a jövőt is lehet bizonyítani. Lehet pl. a jelenlegi birtokot, a jelenlegi életet, a jelenlegi tartózkodást, a jelenlegi munkaképtelenséget vagy elmebetegséget, sőt a jövőbeli munkaképtelenséget, az elmebetegségnek gyógyíthatatlanságát, vagyis az



egyén haláláig való fennállását is, tényekből vont okozatos következtetés útján megállapítani, azaz bizonyítani. Minthogy mindezeket a tényeket be is lehet ismerni, a közöttünk fennálló eltérésen a perbeli beismerés jogi természetének eldöntése szempontjából nem fekszik súly. Legfeljebb ha valaki ragaszkodnék ahhoz, hogy a bizonyítás mindig a multa vonatkozik és a jelenre vagy a jövőre való következtetést a bizonyítástól különböző fajtájú ténybeli következtetésnek tekintené, akkor akként lehetne ellene érvelni, hogy mivel a beismerés a jelenre és a jövőre is vonatkozhatik, a beismerés nem, vagy legalább nem mindig tartozik az ő bizonyítás fogalma alá. Én ezt az érvelést, amelynek alaptételét nem fogadom el, természetesen nem használhatom fel.

Magyarnak arra nézve, hogy a beismerésből kényszerkövetkeztetés történik, két fő érve van. Az egyik az, hogy a fél azon az alapon kap az államtól jogvédelmet, hogy azok a tények, amelyek alapján azt kéri, valóban megtörténtek. Szerinte az egész peres eljárásnak az az alapgondolata, hogy bizonyos, a jogvédelemnek alapját képező tényeknek a multa meg- vagy meg nem történte kiderítették. A másik főérve pedig az, hogy a beismerés a törvény szerint nem teszi feleslegessé az ítéletet. Ő elmentmondást lát abban, hogy a sommás eljárásról szóló törvény, amelynek 58. §-a szerint a perben beismert tényállításokat bizonyítani nem szükséges, a beismerés alapján mégis ítéletet kíván.

Nézetem szerint egyik érv sem áll meg.

A pernek nem az az alapgondolata, hogy bizonyos, a jogvédelemnek alapját képező tényeknek meg-, vagy meg nem történte kiderítették. A pernek célja és vezérlő gondolata első sorban az, hogy a felperes jogállításának valósága, vagy valótansága, állított jogának létezése vagy nem létezése<sup>54)</sup> eldöntessék. Ennek az eldöntésnek céljá-

<sup>54)</sup> Nem érinti ezt a tételt az a körülmény, hogy nemcsak megállapítást, hanem marasztalást és jogváltoztatást célzó kereset is van. A jog létezésének megállapítása mindenütt célja a pernek. Minden kétséget kizár erre nézve az a körülmény, hogy az elutasító ítélet minden esetben a jognak nem létezését állapítja meg, illetőleg nem érvé-



ból szükséges lehet, hogy elmúlt (jelenlegi, vagy jövőbeli) tények megtörténte kideríthessék, de esetleg nem is szükséges. Lehetséges nevezetesen, hogy a jog megalapítására felhozott tényeknek meg- vagy meg nem történte szóba sem jön és felperes keresetével mégis érdemileg elutasítatik, mert a felhozott tények nem elegendők felperes jogának megalapítására. Így pl. ha a felperes olyan jogügyletből perel, amelynek érvényességéhez az 1886: VII. tc. 22—24. §-ai értelmében közjegyzői okirat szükséges, anélkül, hogy a közjegyzői okirat kiállítását állítaná, a bíróság már akkor kénytelen lesz a felperes keresetét érdemileg elutasítani, ha az alperes csak a kereseti jogállítást tagadja, vagy meg sem jelenik, vagy nem nyilatkozik. Ilyen esetben a bíró csak akkor marasztalhat, ha az alperes a felperes jogát kifejezetten elismeri. Az is lehetséges továbbá, hogy a felperes jogának megalapítására tényeket nem is hoz fel és a bíróság a pert mégis érdemileg köteles eldönteni, akár a felperes, akár pedig az alperes javára. Felteszem a következő esetet.

Felperes tulajdoni keresetet indít, anélkül, hogy a tulajdonjogát megalapító tényeket állítaná. Alperes beismeri a felperes tulajdonjogát, de kifogásként felhossa, hogy a dolgon neki zálogjoga, megtartási joga stb. van, vagy beismeri ugyan, hogy a dolog tulajdonát a felperes megszerezte, de kifogásként előadja, hogy a felperes neki a dolgot eladta, elajándékozta stb. Ha az alperes ezekben az esetekben kifogását a felperes tagadása ellenében nem tudja bebizonyítani, a felperes pernyertes lesz, míg

nyesíthetését, azaz a jognak mint jelenben, a fenforgó körülmények között érvényesíthetőnek nem létezését. Messze vezetne, ha itt belebo-csátkoznánk abba a kérdésbe, hogy a különböző kereseteknek alapul fekvő jogállítas között van-e különbség és milyen. Azt a kérdést is mellőzhetjük, hogy a megállapítási kereset sem céloz-e csupán tény-megállapítást, legalább bizonyos esetekben, különösen ha az okirat valódiságának vagy valótlanságának megállapításáról van szó. Még ha a jog egyes esetekben ki is terjesztené a percelt a jogok létezésének előfeltételét képező egyes tényeknek önálló megállapítására (a valóságban nem terjeszti ki), ez a körülmény itt nem érdekel bennünket. Nekünk az is elég, hogy van igen sok per, amely elsősorban a jog létezésének vagy nem létezésének eldöntését célozza.



ha a felperes a kifogást beismeri, vagy az alperes azt bebizonyítja, az alperes nyeri meg a pert. Ezekben az esetekben valóságos per és valóságos ítélet van, anélkül, hogy a felperes jogának megalapítására szolgáló tényeknek a múltban való megtörténte, vagy meg nem történte egyáltalában szóba is jönné. De még tovább megyek. Az is lehetséges, hogy az alperes a felperes tulajdonjogának megalapítására felhozott tényeket mind tagadja, de a felperes tulajdonjogát mégis beismeri, mert pl. tudja, hogy a dolog más alapon mégis csak a felperes tulajdona és mert nincs is érdekében, hogy a felperes tulajdonjogát kétségbe vonja, mert ő a kifogásként felhozott zálogjogát, vagy más jogát maga is a felperestől származtatja. Nyilvánvaló, hogy a bíró ebben az esetben sem fog törődni a tulajdonjog megalapítására szolgáló tények meg-, vagy meg nem történtével, hanem ezek kiderítése nélkül hoz érdemleges ítéletet.

A dolog valóban úgy áll, hogy a pernek tárgya jogállítas és nem tényállítas és nem is a tényállításból levonható valamely következtetés. A 1.-er célja az, hogy a bíróság a jogállítas felett hozzon ítéletet.<sup>55)</sup> Ennek megfelelően a keresetnek, mint olyannak multhatatlan kelléke is csak a jogállítas. Ha a keresetből nem tűnik ki, hogy a felperes egy meghatározott, individualizált jogot akar érvényesíteni, ha ilyen jog a keresetben valamely módon nincs megjelölve, akkor a pert nemcsak megnyerni, hanem érdemben elveszíteni sem lehet, mert enélkül nincs ami felett a bíró ítéljen, és nincs, ami felett az ítélet jogerőre emelkedjék.<sup>56)</sup> Ilyen esetben a per létre sem jöhet.

<sup>55)</sup> Mellesleg: az ítélet, amint ismeretes, csak a jogállítas felett emelkedik jogerőre és nem egyuttal az azt megalapító tényállások felett is.

<sup>56)</sup> Nincs „eadem res“, a mely az ítélet jogerejének terjedelmét meghatározza. Az ilyen ítélet egyetlen egy kereset megítélését sem akadályozza meg, a mely ugyanazon tárgy iránt egyáltalán indítható. Más kérdés, hogy nem individualizált jogállítas alapján (per abusum) marasztaló ítélet, ha a szolgáltatás különben megengedett, mégis végrehajtható. A végén a felett a kérdés felett is a bíróság dönt, hogy a jog kellően individualizálva volt-e, és illetőleg, hogy az valóban jog volt-e, vagy nem. A második perben azonban az alperes mindene-



és azt a per tárgyának hiánya miatt be kell szüntetni.<sup>57)</sup> Ellenben a jogvédelem alapját képező tényeknek, azaz azoknak a tényeknek előadása, amelyek a jog létrejöttét igazolják, a keresetnek mint olyannak nem kelléke.<sup>58)</sup> — Ezeknek a tényeknek az előadása (amennyiben a jog individualizálásához nem szükségesek) az érdemleges tárgyalás körébe tartozik. És habár az érdemleges tárgyalásnak ezt a részét, ott, ahol az eshetőségi elv uralkodik, tehát nálunk is a rendes eljárásban, már a keresetben előlegezni kell, ennek az előlegezésnek a hiánya egészen más következménnyel jár, mint a jog előadásának hiánya. A jogot igazoló tények előadásának hiánya ugyanis nem a per megszüntetését, hanem a felperes érdemleges elutasítását vonja maga után, éppen úgy, mint e tények szükséges bizonyításának hiánya. Ahol azonban az eshetőségi elv nem szabályozza az eljárást, ott a keresetet megalapító tények a tárgyalás egész folyamán, esetleg még a fellebbezési eljárásban is előadhatók, mint nevezetesen nálunk is a sommás eljárásban.<sup>59)</sup>

Ha Magyar a jogvédelem okát képező tényeknek előadását multhatatlanul szükségesnek és a jogállítást anélkül, hogy „habár csak nagyon általánosan“ tények is állítassanak, lehetetlennek találja (78. és 79. l.), úgy őt is bizonyára az a körülmény vezette félre, hogy a jog megjelölése ma rendszerint tények előadása által történik, el is tekintve attól, hogy a rómaiak évszázadokon át gyakorolták azt a „lehetetlenséget“, hogy in jus concepta actiókkal pereltek és egyebek között a *condictiókat dare*

setre csak akkor védekezhethnék az *exceptio rei judicatae*-vel, ha ki tudja mutatni, hogy ebben ugyanarról a jogról van szó, mint az elsőben.

<sup>57)</sup> Így a perrendtartás 8. §-a is, a mely kétségkívül nemcsak arról az estről rendelkezik, midőn az ügy egyáltalában semmiféle hatóság eljárásának nem tárgya. A polgári bíróság mindenesetre nem azért szünteti meg az eljárást, mert az ügy máshová tartozik, hanem azért, mert ő hozzá nem tartozik.

<sup>58)</sup> L. erre nézve már a keresetjogról irt értekezésemet, „Magyar Igazságügy“ 1876. évf. V. k. 244. és köv. l. és *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* 26. és köv. l.

<sup>59)</sup> L. a törv. 32. §-át, 31. §. 1. pontját, 152. és 148. §-át. Nem áll ellent a 15. §., amely a keresetnek előkészítő tartalmát szabályozza.



oportere-vel jelölték meg, kétségtelen, hogy individuális jogokat ma is meg lehet teljes határozottsággal jelölni anélkül, hogy azok keletkezési okát és az azokat létrehozó tényeket is meg kellene említeni.<sup>60)</sup> Így nevezetesen a dologi jogok tárgyak, tartalmuk és a személyek előadása által kellően individualizálva vannak. Ellenben, különösen a kötelmi jogok individualizálásához a causa előadása is szükséges. Csakhogy itt is meg kell különböztetni az individualizáláshoz és a jog létrejöttéhez szükséges ténytet. A kettő nem mindig esik össze. Így pl. a jog megjelöléséhez elég, ha a felperes feleség előadja, hogy X házat férje neki ajándékozta, míg ellenben a jog létrejöttének igazolása végett azt is elő kell adni, hogy az ajándékozás közjegyzői okiratba foglalt szerződéssel történt. A jog megjelölésének hiányában a per létre nem jöhet, az igazolás hiányában pedig, ha arra szükség van, felperes a pert érdemileg elveszti.

Mindezek telette fontos igazságok, amelyek nemcsak sokkal mélyebb belátást engednek a kereset lényegébe, hanem sokkal gyakorlatiabbak is, mint az a felületes elmélet, amely a Jüngster Reichsabschied által meghonosított kereseti kellékekben, és tulajdonképpen e törvénynek is félreértésével látja a bölcsesség netovábbját és esküszik a kereset hármias beosztására. A kérdés bővebb kifejtésére itt nincs alkalom és idő.

Nekünk is elég annak a megállapítása, hogy a bíróság a per érdemében is hozhat ítéletet, anélkül, hogy a tényeknek meg-, vagy meg nem történte felől meggyőződést kelljen magának alkotni. Nem lehetetlen dolog az, hogy az állam meghagyja a bíróságnak, hogy a jog felett, azaz annak fennállása és érvényesíthetése felett hozzon ítéletet, anélkül, hogy a tények valóságával foglalkozzék.<sup>61)</sup>

<sup>60)</sup> L. már a keresetjogról írt ért. 245. l. i. h. és Beiträge 27. l. A különböző jogok individualizálásának kellékeire l. különösen Hellwig, Lehrbuch I. 37. §. A jog individualizálásának kérdését egyébiránt rendszerint csak az ítélet jogerejének objectiv terjedelmével kapcsolatosan szokták tárgyalni. l. egyebek helyett Unger Syst. II. 652. és köv. l.

<sup>61)</sup> Ez nemcsak a beismerés és a nem tagadás esetében fordul elő. A felülvizsgálati bíróság is ítéletet hoz a jog felett, anélkül, hogy



Amint láttuk, legalább is a jogbeismerés esetében, kétségtelenül meghagyja ezt a bíróságnak.

Igaz, hogy Magyary szerint a jogbeismerés nem egyéb mint a ténybeismerés megerősített alakja, azaz a tényeken felül beismerése a jogi következtetésnek is, illetőleg közvetlenül az utóbbinak és bennrejlőleg az alapul szolgáló tények beismerése. De ez lehetetlenség. Hiszen a tényeket, amelyeket nemcsak nem is állítottak, hanem amelyekről sem a beismerő fél, sem a bíróság nem is tudja, hogy melyek legyenek azok, csak nem lehet beismerni és nem lehet bebizonyítottaknak tekinteni. Avagy kérjük, ha felperes egyszerűen azt állítja, hogy valamely dolog az ő tulajdona, és alperes ezt beismeri, mely tényeket ismert be alperes, melyekre nézve tett tudomáskijelentést? Arra-e, hogy a felperes a dolgot annak korábbi tulajdonosától (a korábbi tulajdonos tulajdonát megalapító tények ismét különbözők lehetnek) megvette vagy cserébe, fizetés fejébe, vagy ajándékba kapta stb. és azt neki tulajdonul át is adták, avagy arra nézve, hogy a felperes árverésen, vagy kereskedőtől üzlete körében visszerhes szerződéssel szerezte meg a dolgot, avagy hogy elbirtokolta, specificálta azt stb. És a bíróság e tények közül melyikre következtessen a beismerésből, melyikről legyen a törvény parancsa szerint meggyőződve? Vagy talán valamennyiről, ámbár azok egymással ellenkeznek, ámbár valamennyi egyszerre nem is lehet igaz? És az egésznek betetőzéséül a bíró az ismeretlen tényekből levont jogi következtetést is kénytelen legyen valónak elfogadni? Mellesleg kérjük, a jogi következtetés beismerése is tudomáskijelentés-e, amelyből a bíró annak valóságára követet? Uglátszik annak kell lennie, mert hiszen Magyary szerint a beismerés nem teszi feleslegessé a beismerés tárgya felett az ítéletet, mint a bírói meggyőződés alkotását. A bíróságnak tehát esetleg így kellene okoskodnia. Alperes beismeri a kereseti tényeket. Ezeket tehát valóknak, bebizonyítottaknak tekintem. A törvény szerint ezek

a tények valóságát megvizsgálná. Ide tartozik az esküdtek verdictje alapján hozott ítélet is.



ből ugyan nem következik a felperes által levont jogi következmény. De alperes beismerte a jogi következményt is. A perjogi törvény parancsa alapján tehát meg vagyok győződve arról is, hogy a kereseti tényekből levont — törvényellenes — következtetés az adott esetben helyes, törvényes.

Magyary másik érve amellett, hogy a beismerés bizonyít, az, hogy a beismerés nem teszi feleslegessé az ítéletet.

Hogy a ténybeismerés esetében még ítéletre szükség van, ez már a fentiekből eléggé kitűnik. A bíróság feladata nem merül ki a tények meg-, vagy meg nem történtének megítélésében. A bíróságnak ítélni kell a jogi következmények felől is. Sőt, ha az ellenfél a jogállítást is beismeri, a bíróságnak még mindig ítélnie kell a jog érvényesíthetése felől, ha ez a kérdés vitás. A sommás eljárásról szóló törvény tehát semmi esetre sem mond ellent önmagának, amidőn egyrésztől kimondja, hogy a perben beismert tényállításokat bizonyítani nem szükséges, másrésztől pedig beismerés esetében is ítéletet kíván. A tény- és a jogbeismerésre nézve nincs a törvényben ellentmondás.

Igaz, hogy a törvény szerint a bírónak akkor is ítéletet kell hoznia, amidőn az alperes a kereseti követelést, úgy, amint azt a felperes érvényesíteni kívánja, beismeri (elismerés). Nincs-e ebben ellentmondás? Attól függ, hogy milyen értelemben vesszük az ítéletet. Aki az ítélet alatt a bíróságnak a jog létezése, vagy nem létezése felől következtetés útján alkotott véleményét, meggyőződését, illetőleg ennek kinyilvánítását érti, az vagy kénytelen azt mondani, hogy elismerés esetében nincs tulajdonképeni ítélet, mert a bíróságnak nincs megítélni valója, vagy pedig kénytelen a bíróságnak elismerés esetében is logikai gondolatmenetet imputálni. Az előbbi nézetben van az uralkodó tan, amely az elismerésre hozott ítéletet csak formalis, declaratorius ítéletnek tekinti. Ezt a nézetet valom én is már régóta.<sup>62)</sup> Szerintem itt nincs tulajdonképeni

<sup>62)</sup> Beiträge, 30. I.



ítélet, nem a bíróság, hanem a fél ítél, és a bíróság csak elfogadja a fél ítéletét és a birói ítélet következményeivel ruházza fel azt. A törvény az egyöntetűség és minden kétely elkerülése végett célszerűnek találja, hogy a per elismerés esetében is formailag ítélettel fejeztessék be. A törvényhozó tehetné azt is, hogy a bírónak meghagyja, hogy az elismerést végzéssel vegye tudomásul és ezt a bíróság által tudomásul vett elismerést ruházná fel az ítéletet hatályával. Az elismerés szabályszerűsége, általában az u. n. formaliák végzéssel is megállapíthatók volnának és a teljesítési határidő is kitűzhető volna a végzéssel is.<sup>63)</sup> Tényleg vannak ma is ilyen alakzatok. Perletétel esetében a bíróság csak végzést hoz és a perletétel mégis „a per elvesztésével egyenlő hatállyal bír, mi ellen csak perujításnak van helye” (polg. trts. 70. §.). Nincs helye ítéletnek a törvény szerint egyezség esetében sem, amely pedig szintén „ítélet erejével bír”. Belső okok mindenesetre nem kívánják az elismerés és a joglemondás esetében sem, hogy a törvény ezekkel másként bánjék el, mint a perletétellel és az egyességgel. Az utóbbiak éppen úgy perbeli cselekmények, mint az előbbiek. Különösen az egyesség, ha valóban a magánjogban megszabott tartalommal is kellene bírnia, nem volna egyéb, mint az elismerés és joglemondás kombinációja.<sup>64)</sup>

Magyary elismerés esetében is logikai gondolatfolyamat eredményének tekinti az ítéletet (157. l.). A bíró szoríttan az ilyen ítéletben is visszakövetkeztet a multa, tényeket derít ki. Láttuk, hogy ez lehetetlen. A bíróság nem tekinthet tényeket valóknak, amelyeket nem is állítottak

<sup>63)</sup> A 40-iki váltóeljárás 118. §-a szerint a bíróság elismerés esetében végzést hozott. Persze nemcsak elismerés, hanem ténybeismerés, sőt erőltetett kifogás esetén is.

<sup>64)</sup> L. különben a peregyesség perjogi, azaz közjogi természetére nézve Paul, *Der Vergleich im Civilprozess* című 1868-ban megjelent értekezését. A semmiségi kereset szempontjából elismerte az egyességnak perjogi természetét az 1881-iki novella 50. §-a is, a perujítás szempontjából pedig a polgári perrendtartás javaslatának 567. §-a (az igazságügyi bizottság szövege szerint idézve) és még közelebb hozza azt az ítélethez, különösen az elismerés és joglemondás alapján hozott ítélethez az 1907. évi jav. 863. §-a.



és amelyekről azt sem tudja, hogy melyek legyenek azok. Magyart egyébiránt az ítéletről való felfogása nem kényszeríti ennek a lehetetlenségnek a feltételezésére. Ő ugyanis az ítélet lényegét és fogalmi ismervét abban találja, hogy az birói parancs (157. és köv. l.), amely nem is alapszik mindig a multa való visszakövetkeztetésén. „Nevezetesen, ha az alperes a kereseti tényeket tagadja“ (t. i. ha a felperest a kereseti tények bebizonyításának hiánya miatt utasítják el) „vagy ha a felperes keresetét a perbebocsátkozás után egyoldalulag visszavonja“ (helyesebben, ha a felperes jogáról a perben bármikor lemond), „a bíróság elutasító ítéletet hoz, anélkül, hogy valamely következtetés a multa történnék“ (162. l.).

Meg kell itt még jegyeznem, hogy az uralkodó felfogástól eltérő eredményre kell jutnia annak, aki az ítélet fogalmát akként konstruálja, hogy ez az elismerés vagy joglemondás esetében hozott ítéletet is fedje. Az ítéletnek ilyen fogalmából kiindulva természetesen nem szükséges formalis vagy declaratorius ítéletről szólni. Ezen az alapon vitatja ujabban nevezetesen Degenkolb,<sup>65)</sup> hogy az elismerés esetében hozott ítélet más ítéletekkel egyenrangú ítélet. Ő ugyanis a birói ítélet lényegét a kifelé való köztekintélyű megállapításban (Feststellung) találja. Elismerés esetében szerinte ítéleti alapul (Urteilsgrund) az elismerés, mint kizárólag perbeli cselekmény (és nem magánjogi jogügylet) szolgál, melynek lényege az igenlő perbebocsátkozás a kereseti igényre mint olyanra (azaz nem a tényekre). Degenkolb ezek szerint nem állítja és nem is állíthatja, hogy az elismerés bizonyít. Szerinte az elismerés éppen úgy ítéleti alap mint a beismerés, amelylyel ő az elismerést össze is hasonlítja, és amelyre nézve lényegileg Bülow nézetéhez csatlakozik, magától érthetőnek találván azt, hogy feleslegessé teszi a bizonyítást.<sup>66)</sup>

Nem akarok itt az ítélet lényegének vizsgálatába

<sup>65)</sup> Beiträge zur Zivilprozess (1905) 111—158. l. Das Annerkenntnisurteil (lenyomata az e címen 1902-ben megjelent decanatusi programnak).

<sup>66)</sup> L. főleg 117. l. és u. o. a 3. jegyzetet, továbbá a 153. lapot.



bocsátkozni, amelyet rövidesen nem lehetne megejtteni. A mi célunkra elég az, hogy az a felfogás, amely az ítélet lényegét csakis a köztekintélyű megállapításban találja, a legkevésbé sem kedvez az elismerés bizonyító természetének.

Az eddigiekben azt hiszem, kimutattuk, hogy a perbeli beismerés bizonyító erejét a mellette felhozott okok nem igazolják. Azt a tételt azonban, hogy a perbeli beismerés nem bizonyít és nem is bizonyíthat, ezzel még nem tettük kétségtelenné.

Az uralkodó tan szerint a perbeli beismerés nem bizonyít, hanem feleslegessé teszi a bizonyítást. Ennek a tételnek a legegyszerűbb és ismeretes indokolása az, hogy bizonyítani csak vitás tényeket kell, amit pedig a bíróság előtt beismerni, az nem vitás. Így magában felállítva a tételt, az ellen azt lehet felhozni, hogy éppen az a kérdés, vajjon a beismerés vitatlanná teszi-e a tényt vagy pedig bebizonyítja. Hogy a két lehetőség milyen közel fekszik egymáshoz, mutatja az is, hogy az uralkodó tan hívei is némelykor azzal a kifejezéssel élnek, hogy a perbeli beismerés megállapítja a beismert tény valóságát, bizonyossá teszi azt, formális valóságot, vagy a valóságra nézve fictiót létesít, avagy hogy a bíróság a beismert tényt valónak köteles tekinteni.<sup>67)</sup> A beismerés hatásának ilyen formulázása ellen újabban Bülow szólalt fel. Szerinte a törvény nem hagyja meg a bíróságnak, hogy a beismerés alapján valamit valónak, bebizonyítottanak tekintsen. Nem rendeli el, hogy a bíróság következtessen, gondolatműveletet végezzen. Minderre nincs szükség. A dolog egyszerűen úgy áll, hogy az állam meghagyja a bíróságnak, hogy csak ott avatkozzék bele a felek magánügyeibe, ahol vita van közöttük, a vitatlan tényeket ellenben egyszerűen fektesse ítéletének alapjául,

<sup>67)</sup> Bülow *Geständnissrecht*, 223. l. 1. j., ahol az illető írók és idevonatkozó kifejezéseik idézve vannak, sőt amint Bülow is (224. l.) megjegyzi, még ő maga is egy évvel korábban megjelent értekezésében, *Über den Begriff des Geständnisses*, *Archiv für die civ. Praxis* 88. köt. (1898) állandóan a beismerés megállapító és megbizonyosító erejéről beszél.



minden bizonyítás, az igazságnak minden vizsgálata nélkül. A jogrend a béke rendje akar lenni és az állam a jogi békét csak zavarná, ha tulbuzgóan ott is beleavatkoznék a magánügyekbe, ahol a felek között nyugalom és béke uralkodik. Az államnak a magánügyekkel szemben való magatartására nézve is a legjobb, az egyedüli helyes politika a „*quieta non movere*“.<sup>68)</sup>

Bármennyire meggyőző legyen is ez az érvelés, ez is csak azt mutatja ki, hogy a perbeli beismerésnek mint olyannak bizonyító erőt tulajdonítani sem nem szükséges, sem nem célszerű. A végén azonban még mindig igaza lehet Magyarynak, amidőn annak támogatására, hogy az állam a beismerésnek bizonyító erőt tulajdonít, arra hivatkozik, hogy az állam a bíró gondolkozását a perben szabályozhatja, mert a bíró a perben nem a maga számára, hanem az állam részére, az ő megbízásából és ő helyette gondolkodik s így az államnak kétségtelenül szava van hozzá, — nem úgy mintha csupán a bíró privát meggyőződéséről volna szó, — hogy a bíró miképpen gondolkozzék. Az állam, úgymond Magyar, akkor is kényszerít gyakorol a bíró gondolkozására, amidőn neki Bülow szellemében megparancsolja, hogy a beismert tényállás valóságával ne törődjék (147. és 148. l.).

Nehogy valamely mulasztással vádoltathassam, meg kell itt még jegyeznem, hogy Magyar álláspontjának helyességét, azokon felül, amelyeket már fentebb megcáfolni megkíséréltem, még egy további érveléssel is támogatni akarja, különösen a S. E. 58. §-ával szemben, amely a perbeli beismerést a bizonyítás köréből kizárja.

Magyar szerint a sommás eljárásról szóló törvénynek, amely beismerés esetében is ítéletet kíván, következetlensége még szembetűnőbb, ha a törvénynek a beismerés körül elfoglalt álláspontját összevetjük a teljes bizonyító erejű köz- és magánokiratokkal szemben elfoglalt álláspontjával, amelyeket a bírói következtetés megkötése dacára is a bizonyítás körébe utal. „A teljes bizonyító erejű köz- és magánokiratoknál a bírói mérlegelés semmivel sem

<sup>68)</sup> Bülow az i. h. 225. és köv. l. és 243. és 244. l.



érvényesül jobban, mint a beismerésnél. Ennélfogva vagy mind a kettő a bizonyítás körébe tartozik, vagy egyik sem". (149. l.)

Ez az érv, azt hiszem, lényegileg nem egyéb, mint isméllese annak a tételnek, hogy a perbeli beismerés esetében visszakövetkeztetés történik a multa. Azt, ami döntő volna, hogy t. i. a beismerés esetében a visszakövetkeztetés éppen úgy megtörténik, mint a törvényes bizonyító erővel felruházott okiratoknál, ez a hasonlat nem bizonyítja. Abból, hogy a törvény itt is, ott is köti a bírót, még semmi sem következik arra nézve, hogy itt is ott is visszakövetkeztetést rendelne. Elvégre minden törvény köti a bírót és mégsem lehet azt mondani, hogy minden törvény bizonyító szabályt állít fel. A perben a bíró egyebek között kötve van a felek kérelmeihez, állításaihoz, tagadásaihoz is, és hogy még közelebb fekvő példákkal éljünk, a bíró kötve van a felek között kezelt jogerejű ítéletekhez, a bíró kötelezve van arra, hogy bizonyos tényelőadásokat (pl. azt, hogy a gyermek élve született, vagy, hogy a közokirat valódi) bármelyik félnek szolgáljanak is azok javára, egyelőre valóknak tekintsen, kötve van abban az irányban, hogy hivatalos tudomását figyelembe vegye, és mégis mindezekben az esetekben nem szólhatunk törvényes bizonyítási szabályról. Szóval a törvényes bizonyítási szabály lényege nemcsak abban áll, hogy köti a bírót, hanem abban is, hogy a következtetés tekintetében köti a bírót.<sup>69)</sup>

Teljesen osztom egyébiránt Magyarynak azt a felfogását, hogy a bizonyítás fogalmára nézve nem a bíró szabad mérlegelése irányadó, hanem a következtetés. Amíg egyrésztől nem beszélhetünk mindenütt bizonyításról, ahol a törvény valamit a bíró szabad mérlegelésére biz, (pl., hogy halasztást adjon-e vagy nem, hogy milyen büntetést szabjon ki), addig más részről bizonyításról kell

<sup>69)</sup> Ezt félreismeri Pollak is, midőn (109. l.) azt állítja, hogy a kötelező hatásban a bíróság előtti beismerés osztozik némely okirattal, az esküvel és az eskü megtagadásával. Egyébiránt azt, hogy a két utóbbi tekintetében nincs-e igaza, nem akarom itt eldönteni.



szólanunk ott is, ahol a törvény a bírót a bizonyító ok erejének mérlegelésében, az abból való következtetésben megköti. A felső tétel, amely alá a bírónak a bizonyító okot subzummálni kell, lehet nemcsak valamely tapasztalati tétel, hanem lehet valamely törvényes szabály is.<sup>70)</sup> Azt lehetne ugyan első pillanatra mondani, hogy akkor, ha a felső tétel valamely törvény, a bizonyító ok megszűnik bizonyító ok lenni és átváltozik egyszerű tényállássá. Pl. így: a törvényhozó meghagyja a bírónak, hogy marasztaljon: 1. ha meggyőződik arról, hogy alperes kölcsönvett, vagy 2. ha meggyőződik arról, hogy alperes közjegyzői okiratban beismerte, hogy kölcsön vett. Nem vonom kétségbe, hogy lehetséges, hogy a törvény a bizonyító okot tényállássá lépteti elő. Ilyen az eset a *praesumptio juris et de jure* esetében. Itt a törvény egészen eltér eredeti gondolatától, a bizonyítás megkönnyítésétől, és tényleg új tényállást állapít meg (l. fent a 10. jegyzetet). Azonban már az egyszerű *praesumptio juris*-nál nem teszi ezt, hanem a következtetés, azaz szerintem a bizonyítás körében marad, annak dacára, hogy a többségi esetek alapján állapítja meg a bizonyító tényállást. Hogy a törvény a törvényes bizonyítási szabály esetében is lényegileg bizonyítást, azaz következtetést szabályoz, ezt kétségtelenné teszi az ellenbizonyítás, azaz az ellenkövetkeztetés megengedése, valamint az olyan bizonyítási szabály, amely nem teljes bizonyító erőt állapít meg, vagy a mérlegelést nem minden irányban zárja ki. Mindez nem fér bele más gondolatba, mint a bizonyítás gondolatába.

Hogy a törvényes bizonyító erővel felruházott okiratokból következtetés történik a bizonyítási tételre, ez legalább szerintem kétségtelen, hogy azonban a perbeli beismerésből is következtetés történik, ez nincs bebizonyítva.

Megkísérlem kimutatni, hogy a perbeli beismerés hatályát lehetetlen annak bizonyító erejéből megmagyarázni. E végből meg kell állapítanunk, 1. hogy a perben a bizonyítás tárgya nem a tény maga, hanem a tény-

<sup>70)</sup> L. Stein, *Das private Wissen d. Richters*, 47. és köv. l.



állítás (vagy tagadás) és 2. hogy a perbeli beismerés lényegileg nem egyéb, mint tényállítás és hogy annak a bizonyítást megkimélő hatása már ehhez a minőséghez van kapcsolva.

Heusler a bizonyítási jog alapjáról irt értekezésében,<sup>71)</sup> amely nagy tekintélynek örvend,<sup>72)</sup> azt állítja, hogy csupán a kifejezés szabatosságának hiánya, ha azt mondják, hogy a bizonyítás állításokra irányul. Ez alatt ugymond, mégis nem az állítást magában véve, hanem annak tartalmát és tárgyát értik, amely azután vagy valamely tény, vagy valamely tétel.

Az u. n. tétel bizonyítása<sup>73)</sup> minket itt nem érdekel. Nem foglalkozom továbbá itt a jogállítás, azaz valamely meghatározott alanyi jog létezésének vagy nem létezésének bizonyításával sem, hanem csakis a perbeli értelemben vett bizonyításra, azaz az u. n. ténybizonyításra szorítkozom.<sup>74)</sup> Erre nézve Heuslerrel szemben azt állítom, hogy nem a tény a tárgya a bizonyításnak, hanem ellenkezőleg a tényállítás, vagy még általánosabban az ítélet helyessége a tény volt, vagy jelenlegi vagy leendő létezéséről.

A bizonyításnál mind a perben, mind a közönséges életben, mind pedig a tudományban arról van szó, hogy a tény megtörténtéről stb. alkotott ítéletünk helyes-e, hogy

<sup>71)</sup> Die Grundlagen des Beweisrechtes. Archiv f. d. c. Praxis 62. k. (1879) 209—319. I. L. idevonatkozólag a 217. és köv. l.

<sup>72)</sup> Schmidt, Lehrbuch 254. l., a bizonyítás tanának legujabb fejlődésére epochalisan nevezi Heusler értekezését.

<sup>73)</sup> Heusler a 218. lapon tantétel-bizonyításnak is nevezi.

<sup>74)</sup> Tény alatt értem mindazt, ami hat, amit hatásában észlelhetünk, vagy legalább észlelhetnénk, habár hely- vagy időkülönbség miatt (vagy — aminek a perben alig van jelentősége — érzékeink tökéletlensége miatt) nem is tudjuk észlelni. Tény ebben az értelemben az állapot is. Egyformán tény a villámcsapás és az, hogy valamely tárgy csak bizonyos színű fénysugarakat (hullámokat) ver vissza. Heusler (217. l. 2. j.) tény alatt mindazt érti, ami valóban létezik vagy létezett. Azt hiszem, ez a kriterium nem elég határozott. Mindenesetre nincs indokolva, hogy a bizonyítandó tények sorából miért maradjanak ki a jövőbeli tények. Igaz, hogy ezek csak indiciumokból következtethetők, ez a következtetés pedig szerinte nem bizonyítás, hanem csak kritikai deductio (230. l.).



meg vagyunk-e győződve arról, hogy az a valóságnak megfelel? Magát a tényt a bizonyítás nem érinti, az megvan, megvolt, vagy meglesz, illetőleg nincs meg, nem volt és nem lesz meg, akár sikerül a bizonyítás, akár nem. Ellenben valamely ítélet helyessége a bizonyítás eredményéhez képest, vagy bizonyos lesz előttünk, vagy nem. Sőt a meggyőződés valamely ítélet helyességéről lehet teljes vagy nem teljes, míg a tény megtörténte soha sem lehet nem teljes. A bizonyítás emberi dolog, emberi célnak szolgál, ember részére történik, és arra van hivatva, hogy hatása az ember agyában, gondolatvilágában játszódjék le, és ott létesítsen bizonyos eredményt, ott tegyen bizonyossá valamit, t. i. az ítéletet valamiről.<sup>75)</sup> Maga a bizonyítás következtetés útján történik, és pedig akként, hogy valamely okot, szintén tényt illetőleg az arról alkotott ítéletünket egy felső tétel alá subsummálva kapcsolatba hozunk, nem a ténnyel, ez lehetetlenség volna, hanem a tényről való ítélet helyességével vagyis az ítélettel az ítéletről.

Álljon itt néhány példa.

Séta közben meglátom, hogy X. utcában egy háromemeletes ház van. Ez kétségtelenül nem bizonyítás, ámbar észlelésem alapján ítéletet alkotok magamnak. Azonban bizonyítássá alakul át a dolog, ha ezt az ítéletemet másval közlöm, és azt, — mondjuk, mert ítéletem helyességét kétségbe vonja — ítéletem helyességéről meg akarom győzni és evégből megmutatom neki a házat. Ha ott van a háromemeletes ház, akkor az én ítéletem helyesnek bizonyult, azaz, amint a közönséges életben mondjuk, nekem igazam van, míg ha az X. utcában nincs háromemeletes ház, akkor közölt ítéletem, vagyis állításom bizonyítása nem sikerült.

A tudós, aki kísérleti úton valamely természeti tényt talál, vagy kutatások alapján valamely történeti tényt derít

<sup>75)</sup> *Iudici fit probatio.* Hogy egyébiránt a bizonyítás más részére történjék és hogy kifelé demonstráltassék, mint Heusler, 216. l. véli, szerintem általánosságban véve nem tartozik annak fogalmához. Önmagam részére is bizonyíthatok, pl. megcsinálom a számmiveletnek próbáját a magam számára.



ki, nem bizonyítást végez. Ha azonban a tényről alkotott ítéletét kimondja és annak helyességéről másokat meg akar győzni, ugyancsak a kísérletnek ismétlésével, vagy a kutatás adatainak közzétételével bizonyítani fog.

Valamely levél tartalma, valakinek közlése, hogy valamely eseménynél jelen volt, csak az által válik bizonyító okká, ha azt valamely állítás helyességének támogatására hozzák fel.

A polgári perben az ítélet, amelynek helyessége esetleg bebizonyítandó, rendszerint mint állítás (esetleg tagadás) szerepel. A per tényállítások körül forog. Előfordulnak ugyan perben tények is, mint a perindítás ténye, a kérelmek és állítások előterjesztésének ténye, a bizonyításfelvétel, a bíróság megalakulása stb., de ezek a tények addig, amíg mint tények szerepelnek, nem szorulnak bizonyításra. Amidőn pedig esetleg bizonyításra szorulnak, már nem mint tények, hanem mint rájuk vonatkozó ítéletek (állítások, tagadások) jelentkeznek. Így pl., ha kétség merül fel arra nézve, hogy a fél valamely kérelmet előterjesztett-e, valamit állított, vagy tagadott-e? stb.<sup>76)</sup>

Kétségtelen, hogy a polgári perben is előfordulhat olyan bizonyítás, amelynek tárgya nem a félnek valamely állítása. Ide tartozik nemcsak az az eset, midőn a bíróság hivatalból vet fel valamely kérdést — pl. a törvényes képviselő vagy a meghatalmazott igazolásának kérdését — és kíván vagy szerez be arra nézve bizonyítékot, hanem ilyen eset az is, amidőn a bíró a perben nem állított tényt állapít meg a bizonyításfelvétel alapján. Pl. a tanu, akit valamely tényállitásnak, mondjuk a fizetés állításának bizonyítására reveztek meg, nem ezt a tényt, hanem egy más, a fél részéről nem is állított tényt, pl. a fizetés bíróságon kívüli beismerését, vagy valamely a fizetésre vonatkozó indiciumot vall, illetőleg bizonyít, amely-

<sup>76)</sup> V. ö. a S. E. 197. §-ának második bekezdését és hozzá a gyakorlatot Térfinél, Polg. perrendtartás 4. kiadás. A tárgyalási jegyzőkönyv, amely az illető tárgyaló bíróra nézve informativus segéd-eszköz, a felülvizsgálati bíróságnál mint (kizárólagos) bizonyító eszköz szerepel.



ből a bizonyítandó tényállítás helyességére következtetni lehet. Hogy a bíróság ilyen esetben ezeket a bizonyító tényeket annak ellenére is figyelembe veheti, hogy azok állítva nem voltak, ma a polgári perben sem szenvedhet kétséget. Kérdés, hogy ebben az esetben nem magáról a tényről győződik-e meg a bíróság? Nézetem szerint nem. A bíró a tanu vallomását a fenti példában is nem a beismeréssel vagy indiciummal magával, hanem az annak megtörténtéről alkotott ítéletének helyességével hozza kapcsolatba. Világosan kitűnik ez akkor, ha a bíróság meggyőződéséről számot ad, azaz a bizonyítás által gondolatvilágában előidézett folyamatot kimerítően leírja.

A bizonyítás tárgyának kérdése a bizonyítási jog egyik alapkérdése. Ennek a kérdésnek mikénti megoldásától függ nevezetesen annak a kérdésnek eldöntése is, vajjon a szemletárgy, amely magát a vitás tényt tartalmazza és azt teszi a bírónak szemlélhetővé, bizonyító eszköz-e? Aki azt állítja, mint Heusler, hogy a bizonyítás tárgya maga a tény, az a szemletárgyat legalább ebben az esetben nem tekintheti bizonyító eszköznek, mert magát a tényt magával a ténnyel (*idem per idem*) nem lehet bizonyítani. Tényleg Heusler le is vonja ezt a következményt.<sup>77)</sup> Nézetem szerint már magában ez az egy következmény, amely szerint az u. n. kézzel fogható bi-

<sup>77)</sup> Heusler szerint (l. különösen 238. l.) a bizonyítás feladata a polgári perben az, hogy a bíró részére pótolja a (most már) nem lehetséges érzéki észlelést. Az érzéki észlelés, amely teljes bizonyosságot létesít, a bizonyítást szerinte feleslegessé teszi. Ha valaki ugymond, a saját szemével győződik meg arról, hogy a szomszédja beomlott falának törmelékei kertjét elborítják, ezt a közönséges életben senki sem fogja bizonyításnak tekinteni. Így odaállítva az esetet, és annak részére, aki a tényt tekinti a bizonyítás tárgyának, megengedem, hogy nem. De ha valakinek elmondom a látottakat és azután őt állításom valóságáról a közvetlen szemlélet útján meg akarom győzni, ebben a közönséges életben bizonyára mindenki bizonyítást fog látni. Heusler szerint egyébiránt a szemletárgy azért sem bizonyít, mert azt a bíró hivatalból is megszemléli, vagyis mert nincs bizonyító fél. Ha ez állana, akkor ott, ahol hivatalból történik a bizonyítás, így pl. egybek között a bünvádi eljárásban, általában nem lehetne bizonyításról beszélni. L. egyébiránt Heusler ellen Wach is, *Vorträge I.* kiad. 149. és köv. l.



zonyítás, az *ad oculos demonstrare* ki volna zárva a bizonyítás köréből, elegendő volna arra nézve, hogy azt a felfogást, mintha a bizonyítás tárgya maga a tény volna, visszautasítsuk. De Heusler felfogása még tovább visz. Ha a szemletárgy, amely magát a tényt tünteti fel, nem bizonyít, akkor hogyan bizonyítson az okirat, amely magát a jogalkotó stb. tényt tartalmazza, mint pl. a végrendelet vagy a váltó.<sup>78)</sup>

Reánk nézve a bizonyítás tárgyának kérdése azért főfontossága, mert ha igaz, hogy a bizonyítás tárgya az állítás, akkor bizonyos, hogy magával az állítással, sem az állítást, sem annak helyességét nem lehet bizonyítani. Ahhoz, hogy az állításból annak helyességére következtetni lehessen, okvetlenül szükséges, hogy azt annak tartalmán kívül még valami kísérje. Ha tehát megállapíthatjuk, hogy a beismerés lényegileg nem egyéb, mint tényállítás, és hogy az már önmagában, csupán csak objektív tartalmánál fogva feleslegessé teszi a bizonyítást, akkor bizonyos, hogy lehetetlenség, hogy a perbeli beismerés mint olyan bizonyítson.

Ezt a kimutatást a perbeli beismerés valódi természetének kifejtésével kapcsolatban fogom megkísérelni.

### A perbeli beismerés jogi természete.

Éppenséggel nem ismeretlen dolog, hogy a bíróság előtti beismerés perbeli cselekmény. Ezt senki sem hagyhatja figyelmen kívül, aki a bíróság előtti beismeréssel foglalkozik. A tételnek valódi értelmét és jelentőségét azonban már nem szokták felismerni. Sokan, különösen

<sup>78)</sup> Egyébiránt Heuslernek az a felfogása, hogy a bíróságon kívüli beismerés és az indíciumok tulajdonképpen nem bizonyítanak, szintén összefügg a bizonyítás tárgyáról való helytelen nézetével. Belejátszik különben ez a nézet Magyarinak fentebb már ismertetett bizonyítási elméletébe is, habár ő utóbb (246. l.) a bíróságon kívüli beismerésben a közvetett bizonyításnak egy fontos esetét látja. Valamint belejátszik az Magyarinak abba a felfogásába is, hogy a negatívum nem bizonyítható (l. fent a 12. jegyzetet).



a régebbiek, annak, hogy a bíróság előtti beismerés perbeli cselekmény, nem tulajdonítanak más jelentőséget, mint hogy a bíróság előtti beismerés alakja a perbeli cselekményé, nevezetesen, hogy annak a bíróság előtt a perben és pedig az illető perben a perbeli cselekményekre nézve megszabott alakban kell történnie. Ez az alak volna az, ami a bíróság előtti beismerést a bíróságon kívüli beismeréstől megkülönbözteti és csak ennek az alak különbségnek a folyománya az is, hogy a bíróság előtti beismerés eltérőleg a bíróságon kívülől, a perbeli képviselő útján is történhetik, továbbá, hogy nem szorul bizonyításra és hogy komolysága (az animus confitendi) vélelmeztetik.<sup>79)</sup> Ez az álláspont egészen összeillik azzal a sekélyes és teljesen hasznavehetetlen elméleti felfogással, hogy a per nem egyéb, mint a jogérvényesítés alakja, hogy annak lényege az alakiség, a perjog pedig alakijog, amelynek feladata az alakot szabályozni. Ez a téves elméleti felfogás, amely a perjog doctrinájában különben is sok bajt és a törvényhozás útján sok gyakorlati visszasságot okozott,<sup>80)</sup> nézetem szerint, a perbeli beismerés valódi természetének félreértésében is nem kis mértékben bűnös.

Nagy haladás ezzel szemben, ha az uralkodó tan a perbeli beismeréseket a perenkívüli beismeréstől a lényegben eltérő természetét hangsúlyozza és a két beismerés között éles határvonalat igyekszik megállapítani. Mindazonáltal az uralkodó tan sem hangsúlyozza eléggé a perbeli beismerésnek perbeli természetét, vagyis azt, hogy az magában véve nem egyéb, mint perbeli cselekmény. Nem hiányzik ugyan erre nézve minden utalás. Hiszen már régebben megjegyezték azt, hogy a perbeli beismerés ereje a tárgyalási elven alapul.<sup>81)</sup> De el is tekintve attól, hogy a tárgyalási elv lényegét nem ismerik fel tisztán és azt a rendelkezési jogtól élesen nem külön-

<sup>79)</sup> Ezt az elméleti felfogást tükrözi vissza a mi 1868-iki perrendtartásunk is, különösen 160. §-ának szövegezésében.

<sup>80)</sup> Elég e részben arra a szerencsétlen kísérletre utalni, amelyet 1868-iki perjogunk a semmiségi panasszal tett.

<sup>81)</sup> L. már Bethmann-Hollweg, Versuche (1827) 309. l.



böztetik meg, nem hangsúlyozzák és nem fejtik ki eléggé, hogy a perbeli beismerés hatása csakis a tárgyalási elven alapul és éppen úgy azon alapul, mint a többi tényelő-adásé, nevezetesen a tényállításé és a tagadásé és hogy ezek mind egy közös fogalom alá tartoznak.

E helyett a főszólyt arra fektetik, hogy a perbeli beismerést a perenkivülitől elkülönítsék és e közben átrándulhatnak a magánjog terére és a perbeli beismerés jogi természetét annak valamely magánjogi kategóriába való elhelyezésével igyekeznek megmagyarázni. Ide sorolandók azok az elméletek, amelyek a perbeli beismerést rendelkezésnek, jogügyleti megállapításnak vagy joglemondásnak tekintik. Hogy mennyire a magánjogi felfogás befolyása alatt állanak ezek az elméletek, ezt eléggé mutatja iöbbeknek az a tanítása, amely szerint a perbeli beismerés hatálya perenkivüli jogügylettel is elérhető volna.<sup>82)</sup>

Az uralkodó felfogásnál erősebben hangsúlyozza Bülow azt, hogy a perbeli beismerés perbeli cselekmény. Különösen kimondja azt, hogy a perbeli beismerésnek a bizonyítást megkimélő hatása csakis szükségképpen és kizárólag annak ehhez a minőségéhez van kötve, nem pedig a lemondási vagy megállapítási akarathoz és hogy ez a bizonyítást megkimélő hatás perenkivüli cselekménnyel el nem érhető.<sup>83)</sup> Amidőn azonban Bülow azt is hangsúlyozza, hogy a perbeli beismerés a perenkivüli beismeréssel közös fogalom alá tartozik, amelytől nem tartalmaz, hanem csak alakjára nézve különbözik,<sup>84)</sup> nézetem szerint ismét elhomályosítja a perbeli beismerés igazi természetét, és nem jelöli ki annak igazi helyét a perjog rendszerében. Nem hozza közelebb Bülow álláspontját az én nézetemhez, — melynek kialakulásában egyébiránt az ő fejtegetéseinek igen sokat köszönök — az sem, hogy ő a beismerést — egyébiránt mind a két beismerést —

<sup>82)</sup> Különösen határozottan kidomborul ez a felfogás [Planknál. Lehrbuch 63. §, I. fent is a 43. jegyzetet. Hasonlag Windscheid, Pandecten 412. a. §. Nem tartja a bíróságon kívüli ténymegállapítást, mint olyant megengedhetőnek Wach, Geständniss, 229. és köv. I.

<sup>83)</sup> Geständnissrechts 179. és 183. I.

<sup>84)</sup> Az i. h. 45. I.



az állítások mellé sorolja, mert ezt csak abból a szempontból teszi, hogy mindezek szintén igaznak való kijelentések; egyébként azonban Bülow a perbeli állítást a perbeli beismeréssel éles ellentétbe helyezi,<sup>85)</sup> a perbeli beismerésnek a tagadáshoz való rokonságáról és a két fogalomnak egymáshoz való viszonyáról pedig meg sem emlékszik.

Annak a tételelemnek az igazolásául, hogy a perbeli ténybeismerés magában véve lényegileg nem egyéb, mint a tényállítás,<sup>86)</sup> mindenekelőtt arra hivatkozom, hogy a beismerés is éppen úgy, amint a tényállítás, nem egyéb, mint tényelőadás.

A beismerés mindenekelőtt tényelőadás az ő szokásos alakjában is. Az a kifejezés: igaz, vagy beismerem, csak azzal nyeri meg értelmét, ha abba a megfelelő tényelőadás fel van véve, vagy legalább, ha ezt abba beleinterpretáljuk. Egyrészt tehát tényelőadás nélkül nem lehet beismerésről beszélni. Másrészt azonban a beismerés kifejezése, illetőleg az igaznak kijelentés nélkül a beismerés teljesen megállhat. Senki sem fog kételkedni abban, hogy ha a felperes azt állítja, hogy ő az alperesnek ezer koronát kölcsön adott és erre az alperes minden hozzáadás nélkül azt mondja, hogy a felperestől ezer koronát kölcsönképpen felvett, hogy ez az előadás teljes értékű beismerés. Az igaznak kijelentés tehát nem tartozik a beismerés lényegéhez, a tényelőadás ellenben igen. Egyszerűen csak mint tényelőadás jelentkezik, nevezetesen a beismerés az u. n. előzetes, azaz a tényállítást megelőző beismerés esetében. Pl. a felperes előadja, hogy ő az alperesnek ezeret kölcsön adott, ebből azonban az alperes már ötszázat visszafizetett, tehát még ötszázal

<sup>85)</sup> Az i. h. 194., 195. l., továbbá 286. és köv. l.

<sup>86)</sup> Ujabbán a beismerést a tényállítással kapcsolatba igyekszik hozni Schneider is, *Über richterliche Ermittlung u. Feststellung d. Sachverhalts* (1888) 46. és köv. l. Homályos fejtegetései, amelyek abban foglalhatók össze, hogy a bíró a felet a tárgyalási elv alapján állításához is odakötheti, hogy az állítást az ellenfél is értékesítheti és hogy nem szükséges, hogy az állítás a félre nézve valami hátrányosat tartalmazzon, a kérdést nézetem szerint még nem oldják meg.



tartozik. Kétségtelen, hogy ebben az esetben az ötszáz visszafizetésének előadása beismeréssé válik, ha az alperes a tárgyaláson a megfelelő állítást megteszi, mert habár a törvény az ellenfél tényállításának beismeréséről beszél (S. E. 58. §., ptrts. 158. §.), a két előadásnak egymáshoz való időbeli viszonyait nem teszi a beismerés hatályának feltételévé.<sup>87)</sup>

Az előzetes beismerés esete azonban nemcsak annyiban érdekes, hogy az nem csupán tartalma szerint, hanem alakja szerint is tényelőadás. Az előzetes beismerés annyiban is felette érdekes, hogy az önállóan elsősorban szolgáltat tényalapot. Ennyiben az a tényállításnak rendszerinti szerepében osztozik. De az előzetes beismerés esete azt is megmutatja, hogy a tényállításnak nem jellemző, lényeges tulajdonsága az, hogy a perbe új tényalapot szolgáltatson, új tényalapot vigyen be. Az előzetes beismerésre következő tényállítás ugyanis, amely az előzetes beismerést teljes hatályu beismeréssé teszi, mint utólagos tényelőadás jelentkezik, azaz a beismerés közönseges, rendszerinti szerepében osztozik.

Az előzetes beismerés természetének kérdése még nincs eléggé tisztázva. Némelyek szerint az tényállítás és beismeréssé csak az ellenfélnek megfelelő állítása által és az által válik, hogy a beismerő fél beismerését az utólagos állítás után is fentartja, legalább hallgatag, az által, hogy azt vissza nem vonja. Mások szerint az már magában véve beismerés, habár egyelőre még nem tökéletes beismerés. Beismerés annyiban, hogy a bizonyítást feleslegessé teszi, nem tökéletes beismerés annyiban, hogy az ellenfélnek megfelelő állítása előtt még visszavonható.<sup>88)</sup>

Ismét más nézetben van Bülow. Az ő fogalom meghatározása szerint a beismerés igaznak kijelentése, amelynek két jellemző sajátága van, az egyik, hogy az ellenfél tényállítására vonatkozik, a másik, hogy a beismerőre nézve joghátrányos. Az előzetes beismerésre, addig, amig

<sup>87)</sup> L. erre nézve Bülow, az i. h. 280. és köv. l.

<sup>88)</sup> L. a kérdés állására Bülow, az i. h., 201. és köv. l. és 274. és köv. l.



azt a megfelelő tényállítással ki nem egészítették, ez a fogalommeghatározás nem illik. Azonban Bülow tényállításnak sem tekintheti az előzetes beismerést, mert hiszen erősen hangsúlyozza, hogy a beismerést, az állítástól, amely szintén igaznak kijelentés, a nyilatkozatnak joghatványossága különbözteti meg. Ez az utóbbi szempont — ugylátszik — döntő volt arra nézve, hogy Bülow az előzetes beismerést mégis csak beismerésnek tekintse. Mint-hogy azonban Bülow a beismerésnek a bizonyítást megkimélő hatását arra alapítja, hogy ott, ahol a felek meg-egyeznek, a bíróságnak nem feladata közbelépni, ő az előzetes beismerésnek azt a kétségtelen hatását, amely szerint azt a bíróság minden bizonyítás nélkül ítéletének alapul fekteti, mégsem alapíthatja annak beismerési természetére, hanem áttér egy más gondolatra. Szerinte ugyan-is az előzetes beismerés a puszta igaznak kijelentésen kívül még valami mást is tartalmaz, t. i. a beismert tény előadását (Anführung). Ebben a minőségében az hozzájárul a tárgyalási anyag tartalmának, a megítélendő tény-alapnak szolgáltatásához és ennek a minőségének következtében azt a beismerési functiótól idegen, attól független és teljesen önnálló perjogi hatás illeti meg.<sup>89)</sup> Ez a hatás, röviden abban jelentkezik, hogy a bíróság a kérelem jogosultságát az előterjesztett tényalap szerint ítéli meg és a kérelmet, ha az már eszerint a tényalap szerint meg nem áll, elutasítja.

Az előzetes beismerésnek a bizonyítást megkimélő hatásával még alább bővebben fogunk foglalkozni. Mint-hogy nézetem szerint az előzetes és a megfelelő állítással kiegészített beismerésnek a bizonyítást megkimélő hatása egy és ugyanazon az alapon nyugszik, részemről az előzetes beismerést ebből a szempontból bátran nevezhetem beismerésnek is. Ámbár az egész kérdés ebből a szempontból, szerintem csakis az elnevezés kérdése. A beismerés másik hatása, t. i. a visszavonhatatlanság, illetőleg a visszavonhatóság korlátozása szempontjából azonban az előzetes beismerés nem beismerés. És mivel a törvény

<sup>89)</sup> Az i. h. 286. l.



a beismerés fogalmát mind a két hatás szempontjából együttesen állapítja meg, azt is lehet mondani, hogy a törvény értelmében az előzetes beismerés még nem beismerés, hanem (joghátrányos) állítás. Egyébiránt, hogy a törvény értelmében az előzetes beismerést legalább addig, amíg az ellenfél a megfelelő állítást meg nem tette, korlátlanul visszavonni és módosítani lehet, ez kitűnik már abból, hogy a sommás eljárás 31. §-ának 1. pontja megengedi, hogy felperes a keresettel érvényesített jog megváltoztatása nélkül, annak megalapítására újabb tényeket hozhat fel és a felhozottakat kiigazíthatja. Kétséggkívül a maga előnyére is. Teheti ezt a rendes eljárásban is, amennyiben az eshetőségi elvvel nem jut összeütközésbe. Nevezetesen az ellenbeszéd előterjesztése előtt kiigazíthatja azt a kereseti állítást is, hogy alperes a kereseti követelésre már részletfizetést tett. De a válaszban is elejtheti a keresetben tett kedvezőtlen állítását, ha azt mással pótolni nem kívánja. Elejtheti, ha az alperes elleniratában szaván nem fogta őt és mindenesetre elejtheti akkor, ha az alperes elég becsületes volt, hogy a felperesnek reá nézve kedvező állítását tagadja. Pl. a felperes keresetében előadta, hogy az alperes az ügylet kötésekor kiskoru volt ugyan, de a kölcsön az ő életfentartására fordított. Az alperes az elleniratban kijelenti, hogy nem volt kiskoru, amire a felperes visszavonja ezt a kereseti előadását. Egyébiránt arra nézve, hogy az előzetes beismerés az állítás megtétele előtt visszavonható, ma tudtommal egyetértés uralkodik.

A beismerést az általános felfogás szerint az állítástól nemcsak az a körülmény különbözteti meg, hogy az valamely állítást egészít ki, hanem az is, hogy az a beismerőre nézve joghátrányos nyilatkozat. Az utóbbi kriterium ellen nincs észrevételem, feltéve, ha megegyezünk abban, hogy minő értelemben vegyük a hátrányosságot. Ennek a kérdésnek felvilágosításául álljon itt néhány példa.

A. keresetében előadja, hogy ő B.-nek eladott 1000 métermázsa búzát, métermázsáját 20 koronáért és követeli a 20000 korona vételárat. B. beismeri a vételi szerződésnek állított megkötését, azonban maga részéről exceptio non



adimpleti contractussal él. A. kereseti állítása ennek a kifogásnak szempontjából kétségtelenül beismerés, míg viszont B. beismerése a kifogás szempontjából állítás. Itt tehát két oly beismeréssel van dolgunk, amelyet mind-egyik fél saját előnyére adott elő.

Még szembeszökőbb a példa, ha B. nem kifogással, hanem viszontkeresettel él az 1000 métermázsa buza átadása iránt és a maga részéről egyuttal a vételár kifizetését állítja, és mondjuk be is bizonyítja. Ekkor a felperesnek előadása, amely eredetileg állítás volt, ellene fordul és beismeréssé változik, amelyet szívesen visszavonna. Aki változatosságot akar a példákban, gondoljon arra is, hogy a per folyamán a buza ára 20 koronáról 26 koronára szökkenhet fel.

Egy más példa. Felperes azt állítja, hogy X., akinek örököse, az alperesnek 1000 K-át adott kölcsön. Az alperes beismeri azt, hogy a felperes X-nek örököse és most már ezen az alapon a maga részéről a felperes ellen beszámítási kifogással él vagy pedig viszontkeresetet indít.

Ismét más példa. A. bejegyzett kereskedő azt állítja, hogy ő B. bejegyzett kereskedőnek 1000 koronát adott kölcsön és szóbelileg 12 % kamatban állapodtak meg. Az a tényelőadás, hogy a kamatkikötés szóbeli úton történt, ebben az esetben kétségtelenül állítás. Ellenben ha A. a kamat kikötésére nézve ugyanazt az állítást B. nem kereskedővel szemben teszi meg, ez az állítása már mint előzetes beismerés is szerepel.

Látjuk ezekből, hogy a beismerés fogalmához nem szükséges az, hogy a beismerő nyilatkozatát a hátrányosság tudatában tegye meg.<sup>90)</sup> Nemcsak jogtudatlanságból fordulhat elő az, hogy valaki abban a hiszemben ad elő valamely tényt, hogy az reá nézve előnyös, holott az valóban hátrányos, hanem az is lehetséges, hogy a tényelőadás, akkor amikor azt tette, valóban előnyös volt reá nézve, utóbb azonban a perbeli helyzetnek változásával hátrányossá válik. Ugyanaz a tényelőadás ugyanabban a

<sup>90)</sup> Ezt élesen kiemeli Bülow, az i. h. 165. és köv. l. és 198. és köv. l.



perben tényállítás is és beismerés is lehet, sőt ugyanaz a tényelőadás pusztán tényállításból pusztán beismeréssé változhatik át. Mellesleg a perbeli beismerés bizonyító erejét tehát nem lehet azzal a tétellel támogatni, hogy senki sem szokott a maga hátrányára valamit kijelenteni, ha csak annak valóságáról nincs meggyőződve.

Látjuk továbbá, hogy a perbeli beismerésnek ez a minősége nem magából az előadásból, hanem csakis az arra alkalmazandó jogszabályból, vagyis az előadásnak az ügyben alkalmazandó jogszabályhoz való viszonyából ismerhető fel.

Ez az utóbbi tétel a perbeli beismerés testvére és ellenlábasa, a tagadás tekintetében már régen ismeretes. Valóban csodálkoznunk kell azon, hogy azok, akik a perbeli beismeréssel foglalkoznak, annyira mellőzik annak a tagadással való összehasonlítását. Hiszen ez is, az is perbeli cselekmény és ez is, az is egy közös célnak, a megítélendő tényállás előterjesztésének és megállapításának szolgál. Persze hogy ennek a felismeréséhez mindenekelőtt az volna szükséges, hogy a perbeli beismerést, mint olyant, perbeli cselekménynek tekintsük és semmi egyébnek ne tekintsük.

Ami már most a tagadást illeti, ismeretes, hogy az nem csak tagadólagos, hanem állítólagos alakban is történhetik. Ismeretes, hogy ugyanaz az előadás az egyik perben mint állítás, a másikban ellenben mint tagadás szerepelhet. A kölcsön le nem olvasása, a kölcsönperben tagadás, a *condictio indebiti* esetében állítás. Ismeretes az is, hogy mily nehéz sokszor a tagadást a kifogástól azaz az állítástól megkülönböztetni. Ez a kérdés a bizonyítási teher tanának egyik legnehezebb kérdése. Azt is tudjuk, hogy ez a kérdés lényegileg a magánjogba tartozik. A bizonyítási teher kérdése az alkalmazandó magánjogi szabályon fordul meg, és a magánjogi törvényhozások már előre törekszenek arra, hogy e kérdés megoldását a törvény megfelelő szövegezésével előmozdítsák.

Kevésbé ismeretes, hogy a tagadás lényegileg szintén nem egyéb, mint tényelőadás. Nemcsak akkor, amidőn állítólagos alakban történik, hanem akkor is, amidőn



a tagadó fél u. n. negatívumot terjeszt elő. Az az előadás, hogy valamely tény nem történt meg, szintén tényelőadás. Ha a félnek csak annyiban áll érdekében a maga részéről a tényállást előterjesztteni, hogy valamely tény nem történt meg, akkor bátran arra szorítkozhatik, hogy csupán ezt adja elő. És mivel a jogi hatás rendszerint valaminek megtörténtéhez van kötve, rendszerint elég is lesz, hogy a jogi hatás be nem következését vitató fél erre a negatív ténybeli előterjesztésre szorítkozzék. Előfordul azonban az is, hogy a jogi hatás valamely negatívumhoz, t. i. ahhoz van kötve, hogy valamely tény nem történt meg; ekkor azután annak, aki ez ellen a hatás ellen védekezik, az eltérő tényállást pozitív alakban (esetleg kettős negatióval) kell előadnia, pl. a *condictio indebiti* esetében a kölcsön le nem olvasásának állításával szemben a kölcsön leolvasását, vagy felperes ellen, aki örökösödési jogát a gyermek halvaszületésére alapítja, a gyermek élveszületését kell állítani.

Az épp felhozott példák kapcsán meg kell itt még említenem, hogy a tagadásnál is előfordulhat az, hasonlóan mint a beismerésnél. hogy ugyanaz a tényelőadás egyszerre tényállításként és tagadásként is szerepel. Aki a kölcsönkeresettel szemben a kölcsön le nem olvasásával védekezik, az tagad. Ha azonban azt állítja, hogy a kölcsönt különben tévedésből vissza is fizette, és viszontkeresetileg *condictio indebiti*-t támaszt, tagadása egyben állítássá is átváltozik. Sőt az sem lehetetlen, hogy ugyanaz a tényelőadás ugyanabban a perben mint tagadás és mint beismerés is szerepeljen. Pl. az alperes a felperesnek tőke- és kamatkövetelés iránt indított perében a kamatoknak félévenként pontos fizetését állítja. A felperes tagadja, hogy az alperes egész idő alatt egyáltalán kamatot fizetett volna, esetleg azzal az indokolással, hogy a fizetések egy másik tartozásra történtek. Erre az alperes, esetleg tévedésének kijelentésével visszavonja korábbi állítását és csatlakozva a felperes tagadásához, a maga részéről is azt állítja, hogy kamatokat nem fizetett, egyben azonban megteszi az elévülés kifogását a tőke- vagy esetleg csak a kamatköveteléssel szemben, amely kifogásra nézve



most már meg van állapítva, hogy azt a kamatfizetés meg nem szakította.

Sajátságos e példában még az is, hogy az elévülésnek megszakítását állítani, tulajdonképpen a felperes érdeke és feladata volna, míg ellenben az alperes érdeke volna a megszakadást, tehát a fizetést tagadni, holott a példában a felperes tagadja az ötlet illető állítást és az alperes hozzájárul az állítás tagadásához. Az eredeti alperesi állítás visszavonása után tehát a perben nincs állítás, amelyet a beismerés kiegészítene, hanem csak két megegyező tagadás. Mindazonáltal bizonyos, hogy a megegyező tagadások, illetőleg a felperesi tagadás a tényállást megállapítja és ítéleti alappá teszi, valamint, hogy a két tagadás közül a felperesi, mint beismerés többé korlátlanul vissza nem vonható.

Önkénytelenül is ~~azt~~ kell kérdeznünk, hogy ha az itt említett eseteket átnézzük, melyik tényelődadás legyen az igaznak kijelentés és melyik legyen a tanúság?

Azt hiszem, hogy már ezekkel is kimutattam azt, hogy az állítás, beismerés és tagadás lényegileg egy kategóriába, a tényelődadások kategóriájába tartozik. Egyformán perbeli cselekmények mind és magukban véve semmi egyéb. A különbséget közöttük csak a reájuk alkalmazandó magánjogi szabály segítségével lehet megállapítani, többnyire könnyen, néha nehezen és pedig biztossággal csak az ítélethozatal stádiumában. A beismerésben foglalt tényelődadás jelentőségét, éppen úgy mint az állításban és a tagadásban foglalt tényelődadás jelentőségét a magánjog adja meg. A kérdés ebben az irányban végeredményében magánjogi kérdés, éppen úgy mint a bizonyítási teher kérdése, amellyel e kérdés azonos alapon áll. Kétségtelenül ki fog ez tűnni még a beismerés bizonyítást kimélő hatásának perjogi megokolásából is.

### A perbeli beismerés hatásának oka.

Az előzetes beismerésből indulunk ki.

Az előzetes beismerés már magában véve, azaz



már akkor is, amikor még a megfelelő állítással ki nem egészítették, feleslegessé teszi a bizonyítást. Ez a hatás azon alapul, hogy a félnek kérelme már az annak megalapítására felhozott tényállás szerint meg nem áll. Ebben teljesen egyetértek Bülow-val.

Ha pl. a felperes azon az alapon kéri az alperest 1000 koronában elmarasztaltatni, mert ő az alperesnek 1000-et adott kölcsön, amelyet az alperes neki már visszafizetett, akkor a bíróság ezt a keresetet már magában véve el fogja utasítani.<sup>91)</sup> El fogja nevezetesen utasítani akkor is, ha az alperes a tárgyalásra kitűzött határnapon meg sem jelent és a felperes a kereseti előadás alapján ítéletet kér.

Igaza van Bülownak,<sup>92)</sup> ha a most említett esetet egészen hasonlóknak mondja ahhoz az esethez, amidőn a felperes keresetét hiányosan alapítja meg. Ha a felperes tulajdoni keresetében nem mondja meg, hogy a megvett dolgot neki tulajdonul át is adták, keresete éppen olyan kevésbé van megalapítva, mintha keresetében azt adja elő, hogy aki a dolgot neki eladta és a dolog tulajdonát reá átruházta, kiskoru volt. Ha a bíró az előadott tényállásra a jogszabályt alkalmazza, úgy az egyik, mint a másik esetben azt kell kimondania, hogy a dolog nem a felperes tulajdona. Ha pedig netalán nem mondaná ki, az alperes még abban az esetben is, ha az első érdemleges tárgyalást elmulasztotta volna, az ítélet ellen a S. E. 128. §-ának 3. pontja szerint fellebbezéssel élhet az alapon, hogy valamely anyagi jogszabály éppen nem, vagy nem helyesen volt alkalmazva.

Egészen azonos megítélés alá esik továbbá azzal az esettel, ha a felperes például nem adja elő azt, hogy a dolgot neki tulajdonul át is adták, az az eset, ha ke-

<sup>91)</sup> Az ilyen eset nem olyan képtelenség, amint ez talán első pillanatra látszik. Előfordulhat ilyenféle eset nemcsak jogtudatlanságból, hanem azért is, mert a felperes az előlegezett kifogást, mindjárt előlegezett replikával is hatálytalanítani akarja, pl. az előlegesen beismert kiskorúságot a gyámi jóváhagyással ellensúlyozza, ezt azonban az alperes tagadásával szemben nem tudja bebizonyítani.

<sup>92)</sup> Az i. h. 288. és köv. l.



resetében kifejezetten előadja, hogy a dolgot neki tulajdonul át nem adták.

Nem állunk másként az alperessel szemben sem.

Ha az alperes a kellően megalapított kereset tényállításait beismeri vagy nem tagadja és új tényként csak azt adja elő, hogy ő tartozását az akkorában még kiskoru felperes kezéhez kifizette, a bírónak még akkor is el kell őt marasztalnia, ha a felperes a tárgyaláson jelen sem volt. El kell továbbá marasztalni az alperest, tekintet nélkül arra, hogy ő csupán elmulasztotta azt felhozni, hogy a fizetés a kiskoru felperes gyámjának hozzájárulásával történt, vagy pedig hogy ha kifejezetten meg is mondja, hogy ez a gyámi jóváhagyás hiányzott.<sup>93)</sup>

Megállapíthatjuk itt mindenekelőtt azt, hogy az előzetes beismerés nem bizonyít.

Kétségtelen ugyanis hogy a hiányzó tényállítás esetében nem lehet bizonyításról beszélni. Hiszen csak nem fogja valaki azt mondani, hogy abból, hogy a fél nem hozott valamit fel, vissza kell következtetni arra, hogy az, amit fel nem hozott, nem történt meg. Különben, hogy ilyen esetben nincs visszakövetkeztetésről szó, ezt közvetve Magyary is elismeri. Abban az esetben ugyanis, ha az alperes a kereseti tényeket tagadja és a felperes be nem bizonyítja, a felperest szerinte is visszakövetkeztetés nélkül fogják elutasítani (162. l.). Az elutasítás oka ez

<sup>93)</sup> Hogy a jog létezésének vagy nem létezésének megalapítására szolgáló tényt melyik fél hozza fel, ez közömbös. A kereset meg van akkor is alapítva, ha a kereseti tényt az alperes hozza fel és nincs megalapítva, ha a joggátló vagy jogmegszüntető tényt a felperes adja elő. (L. erre nézve Bülow, 293. l. és különösen az általa is idézett Unger-t, Syst. 124. §. 21. j.) Magától érthető, hogy mindez csak az u. n. ipso iure ható tényekre nézve áll. Ahol a magánjog az alperesnek kifogási jogot ad, amelynél fogva a felperesi követelés érvényesítését meggátolhatja, (u. n. szűkebb vagy technikus értelemben vett kifogás, exceptio (Unger), magánjogi értelemben vett kifogás (Windscheid, Einrede, a n. polg. törvkv. szerint), ott az alperesen mulik, hogy akar-e a jogával élni, pl. azzal, hogy az ügylet kötésénél megcsalták, hogy megtartási joga van stb. De mihelyt az alperes kifejezést adott annak, hogy kifogási jogával élni akar, közömbös, hogy a kifogás megalapítására szolgáló tényalapot melyik fél szolgáltatja.



esetben Magyary szerint is nyilván csak az lehet, hogy a tagadott és nem bizonyított tényt a bíró figyelmen kívül hagyja. Teljesen ugyanez történik akkor is, ha a felperes valamely szükséges tényt fel nem hozott. A bíróság ilyenkor is a fel nem hozott tény figyelmen kívül hagyásával alkalmazza az esetre a jogszabályt. Ha azonban ez így van, akkor a bíró abban az esetben is minden bizonyítás nélkül alkalmazza a jogszabályt a felhozott tényállásra, ha a felperes maga adja elő a jogának létrejövetelét kizáró, vagy a jogát megszüntető tényt. A kérdés itt is, ott is csak az lehet, hogy az, amit a fél előadott, megalapítja-e a jogszabály szerint a kérelmet. Az, hogy a kérelem azért nincs megalapítva, mert a felperes nagyon keveset állított, vagy azért, mert nagyon is sokat állított, ez a jogszabályok alkalmazása szempontjából közömbös. A magánjog szerint kölcsönből éppen olyan kevésbé van követelés, ha a kölcsönt az adósnak át nem adták, mint akkor, ha azt kiskorúnak adták, vagy mint akkor, ha az adós a kölcsönt már visszafizette.

Az előzetes beismerés azonban azért sem bizonyíthat, mert az nem egyéb, mint tényelőadás, tényállítás. Ha az előzetes beismerés bizonyítana, akkor ez a tényállítás volna a bizonyító ok is és a bizonyítási tétel is, azaz a bizonyítási tételnek kellene önmagát bizonyítania. Mert hiszen az előzetes beismerés hatályához nem szükséges egyéb, mint az előadás. Nem szükséges nevezetesen még az sem, hogy a beismerő fél előadásának hátrányosságát tudja. A bizonyítás lehetősége tehát ki van zárva, mert nincs amiből a bíró okszerűen következtethessen vagy visszakövetkeztethessen. Nem marad ennél fogva más hátra, mint, hogy a bíró a fél előadását minden bizonyítás, azaz a valóságról való minden meggyőződés nélkül egyszerűen ítéletének alapul fektesse. És nincs az a törvényes bizonyítási szabály, mely ezen a polgári per mai berendezése mellett változtathatna.

Azt kérjük ezután, hogy az ellenfél megfelelő tényállításával kiegészített beismerés hatásának más-e az alapja, mint a magában álló beismerése?

Én azt hiszem, hogy nem. Ez is csak azért kiméli



meg a bizonyítást, mert a fél a beismerésben foglalt tényelőadás alapján kéri a jogvédelmet.

Maradjunk előbb annál az esetnél, amidőn a beismerés megelőzi az állítást.

Bülow szerint a magában álló beismerés nem mint olyan, hanem mint tényelőadás kiméli meg a bizonyítást és pedig azért, mert az arra alapított kérelem jogilag nincs megalapítva. Az állítással kiegészített beismerés pedig mint beismerés azon az alapon kiméli meg a bizonyítást, mert a felek között nincs vita, amelybe a bírónak bele kellene avatkozni. Eszerint a felfogás szerint tehát az előzetes beismeréssel már megkimélt bizonyítást, az utólagos állítás ismételve megkimélné. Azaz kétszeres megkiméléssel volna dolgunk. Nézetem szerint erre nincs semmi szükség, és pedig annyival kevésbbé, mert a második megkimélés az elsőt nyilván nem szünteti meg. A bíró a felperest, aki keresetében a követelés kifizetését beismerte, akkor is egészen helyesen fogja keresetével azon az alapon elutasítani, hogy keresete nincs jogilag megalapítva, amikor az alperes a felperes beismerését már a megfelelő állítással kiegészítette. Az ítéletnek ez az indokolása igaz és megáll ekkor is. Ha továbbá a második megkimélés az elsőt megszüntetné, akkor az utólagos állítás visszavonásával az első megkimélésnek nem lehetne ismét feléledni, hacsak azt nem mondjuk, hogy a visszavonás újból létrehozza a hatást. Az állítás visszavonásával pedig a beismerés hatálya, hacsak a beismerést is vissza nem vonják, tényleg fenmarad. Az utólagos állítás tehát legfeljebb megerősíthetné, még egy új alapra helyezhetné az előzetes beismerés hatását, mintegy accessorius és nem privativ novatiót létesíthetne. Ámbár az is nehezen képzelhető el, hogy hogyan erősítse meg az egyik félnek önmagára nézve kedvező és a bizonyítás megkimélése tekintetében erőtlen előadása, a másik félnek beismerését, mely már magába véve is megkiméli a bizonyítást. Mindenesetre azt kell kérdeznünk, hogy mire legyen jó ez a pazarlás a bizonyítás megkimélésében, illetőleg a megkimélés megalapításában. Olyan volna ez, mintha valaki a váltókötelezésre nézve az egyoldalú ígéret elméletét a



szerződési elmélettel egyesíteni akarná.

Az előzetes beismerésnek az utólagos állítással való kiegészítése mindazonáltal nem hatálytalan. Az utólagos állítás hatálya azonban nem a bizonyítás megkimélésében jelentkezik, hanem abban, hogy most, amikor már az ellenfél is ezen az alapon kéri a jogvédelmet, és az állító félnek joga támadt, hogy ez az alap, mely most már saját jogvédelmi alapja is, bizonyítás nélkül figyelembe vétessék, a beismerő fél őt ettől az előnytől vagy jogtól a beismerés egyoldalú indokolatlan visszavonásával meg ne foszthassa.<sup>94)</sup>

Ezek után röviden végezhetünk azzal az esettel is, amidőn a beismerés, amint ez rendszerint történni szokott, az ellenfél állítását követi. Az az ok, amely miatt a bíróság a magában álló előzetes beismerést ítéletének minden bizonyítás nélkül alapul fekteti, nézetem szerint teljesen megáll ebben az esetben is. A fél, aki ellenfelének tényállítását beismeri, most már a beismerésben foglalt tényelődás alapján kéri a jogvédelmet. A felperes, aki az alperes fizetési kifogását beismeri, most már maga is azt mondja, hogy a tartozás ki van fizetve, és ha azután még mindig kéri a jogvédelmet, azt csak eme tényelődás alapján is teheti, és pedig teheti esetleg sikerrel is, ha t. i. a fizetés jogi hatálytalanságát állítja és szükség esetén be is bizonyítja.

A beismerésnek az a hatása, hogy a bizonyítást feleslegessé teszi, legszorosabban összefügg a tárgyalási elvvel. Csakis azokban a perekben áll fenn, amelyek a tárgyalási elven alapulnak. És csakis ezekben a perekben áll fenn az a szabály is, hogy a bíróságnak már azon az alapon meg kell tagadnia a jogvédelmet, hogy a kérelem a fél saját tényelődása szerint nincs jogilag megalapítva. Eltekintek a bünvádi eljárástól. Csak a házassági per kö-

<sup>94)</sup> Ez a felfogás teljes mértékben indokolja, hogy a perrendtartás javaslata (most 205. §.) a beismerés visszavonását az ellenfél beleegyezésével feltétlenül megengedi. E szabály célszerűségét különben az is eléggé indokolja, hogy az a visszavonhatás körül keletkező bonyolult tárgyalásoknak, a leginkább érdekelt fél nyilatkozatával elejét veszi.



réből említek fel egy példát. A nő kéri a házasságát semmisnek kimondatni, mert férjének korábbi házassága fennáll. Együttal előadja, hogy férje korábbi házasságát testvérének vérszerinti leszármazójával kötötte. A kereset így, amint elő van adva, a házassági törvény 12. és 21. §-a szerint meg nem áll. A bíróság mindazonáltal nem fogja a felperest keresetével elutasítani, hanem előbb ki-nyomozza a való tényállást és ehhez képest határoz.

Azt, hogy a bíró csak azokban a perekben nem mérlegelheti szabadon a perbeli beismerés bizonyító erejét, amelyekben a rendelkezés és tárgyalás elve érvényesül, Magyary is elismeri (129. l., 241. l.) és Pollak is segítségül hívja a perbeli beismerés formális bizonyító erejének konstruálhatása végett a felek önfelelősségét (114. és köv. l.). Nem látom be, hogy mi köze van a tárgyalási elvnek a bizonyítás mérlegeléséhez és miért kell a tárgyalási elv mellett még a bizonyító erőre is hivatkozni. Talán azért, hogy a polgári perben az igazság elvét megmentsük? Hiszen a tárgyalási elv magában véve szintén az igazságot akarja szolgáltatni. Csakhogy a maga módja szerint.

A tárgyalási elv, amelynek körét én szűkebbre fogom, mint rendszerint szokták, szerintem a perbeli cselekmények megosztásának elve és lényege abban áll, hogy a tényállás szolgáltatását, ide értve a bizonyító anyag szolgáltatását is, a felek feladatává és pedig kizárólagos feladatává teszi.

Megalapítását abban találja, hogy a felek legjobban ismerik magánjogviszonyaik tényleges alapjait, míg ellenben a bíró rendszerint nem ismeri azokat és nem is ismerheti meg azokat kellően saját erejéből. A bírónak nincs magánjogi rendőrsége és ilyent felállítani felette célszerűtlen is volna és a felek méltányos érdekeit is sértené. A tényalap beszerzése körüli tevékenység súlypontja tehát már a dolog természete szerint a feleken nyugszik.

A bírónak emellett még kutatási jogot engedni, sem nem szükséges, sem nem célszerű. A polgári perben ugyanis a felek magánérdekeiről van szó és feltételezhető, hogy ők mindent, ami érdeküknek védelmére szükséges, elő fognak adni. Ha mindenik fél előadja az általa leg-



jobban ismert tényállásból azt, ami érdekében van, akkor általában véve az a cél, hogy a tényállás, amely az ügy elintézését befolyásolhatja, össze legyen gyűjtve, el fog éretni. Az állam ebben annnyival inkább megnyugodhatik, mert neki a polgári igazságkiszolgáltatásban nincs az egyesek érdekén túlterjedő érdeke.<sup>95)</sup> Bátran a felekre bízhatja tehát a tényalap előterjesztését. Minden eshetőséggel szemben megnyugodhatik abban is, hogy a végén ezekre nézve már a magánjogi szabállyal reájuk bízta, hogy a jogalkotó, jogváltoztató és jogmegszüntető tényeket létesítsék. De nem is volna — legalább rendszerint — célszerű, hogy az állam a felek mellett még a bíróra is bizza a tényalap beszerzését. Ha ez csak ötletszerűen történne, akkor ez a bíróság önkényére vezethetne vagy legalább annak színét tüntethetné fel. Ha pedig a bíróság rendszeresen kutatná a való tényállást, akkor ez az eljárást a legtöbb esetben felesleges, céltalan hosszadalmas-sággal és költséggel terhelné.

Az állam tehát legcélszerűbben cselekszik, ha lemond arról, hogy a polgári perben a valódi tényállást maga kiderítse, hanem ahelyett áttér egy más gondolatra, amely a valódi tényállás kiderítését az esetek túlnyomó többségében megvalósítja, de sokkal practicabilisabb és oeconomicusabb szabályozást eredményez.

Látjuk tehát, hogy a tárgyalási elv érinti ugyan megokolásában a felek rendelkezési jogát is, de azzal nem azonos. A tárgyalási elv egy merőben perjogi célszerűségi elv, amely az anyagi igazság kiderítésének szolgálatában áll, de korántsem egyszerű következménye a felek rendelkezési jogának. Mint ilyen célszerűségi elv, az csak eszköz, de nem végcél. Éppen ezért ezt az elvet nem is kell a törvényhozásban következetesen keresztül vinni. Semmi elvi akadály nem forog fenn arra nézve, hogy a törvényhozó ott, ahol az igazság kiderítésére célszerűbbnek mutatkozik, a tárgyalási elv alól kivételt állapítson

<sup>95)</sup> Ezért nem volna helyes a tárgyalási elvet ott is alkalmazni, ahol az államnak a kérdés elintézésében az egyesek érdekét túlhaladó érdeke van.



meg. Egészen más tekintet alá esik a rendelkezési elv korlátozása, amely a feleknek a magánjog által megadott és biztosított hatalmába ütközik.

A beismerésnek a bizonyítást megkimélő hatása az itt kifejtett tárgyalási elvnek folyománya. A tárgyalási elv szerint a tényállás szolgáltatása a feleknek feladata. Ehhez képest a bíróság csak azt a tényállást fektetheti ítéletének alapjául, amelyet a felek eléje terjesztettek. Egyformán áll ez ugy a beismerésre, mint a többi tényelőadásra, nevezetesen a tényállításra és a tagadásra is. Különösen a tagadásnak az a hatása, mely szerint csak a tagadott tényállítást kell bizonyítani, azaz amely szerint az állítással ellenkező ténybeli előadás is csak akkor vehető figyelembe, ha azt a fél felhozta, a nyomozó eljárásban szintén nem áll fenn. Ott a nem tagadott tényállítást is bizonyítani kell, hogy figyelembe vétethessék.

A tárgyalási elvnek azonban a bíróságra nézve még az a jelentősége is van, hogy a bíróságnak már a felek pusztá ténybeli előadása alapján is meg kell hoznia ítéletét, ha az lehetséges. A polgári perben nem az abszolút igazságról van szó, hanem a felek közötti vita eldöntéséről. A polgári perben az állam csak relatív igazságot szolgáltat. Azt dönti el, hogy a két fél közül melyiknek van igaza, mert az ő érdeke a polgári per mikénti eldöntésében nem terjed tovább, mint a felek érdeke. Ha tehát az egyik félnek már saját előadása szerint nincs igaza,<sup>96)</sup> akkor ellene dönt. Csak ha mindegyik félnek igaza van saját előadása szerint, csak ekkor megy az állam tovább és dönti el a bírósággal azt is, hogy melyik félnek előadása felel meg a valóságnak. De ebben az esetben is csak annyit enged bizonyítani, amennyi a jogszabály alkalmazhatása végett, okvetlenül szükséges. Az állam a polgári perben a megítélés körül is takarékoskodik.

Ez a beismerés bizonyítást megkimélő hatásának alapja. Mélyen benne gyökeredzik az a polgári per ter-

<sup>96)</sup> Ha egyiknek sincs igaza, akkor a felperes ellen dönt. Itt is áll az, hogy *actore non probante reus absolvitur et si ipse nihil probaverit*.



mészetében és egész berendezésében.

Hogy egyebekben mi legyen a perbeli beismerés jogi természete, ez olyan kérdés, amelyet csak valamennyi tényelőadásra, nevezetesen az állításra és a tagadásra sőt a bizonyító eszköz megnevezésére nézve is csak közösen lehet megoldani.

Amiről szó lehet, ez csak az, hogy akaratnyilvánítás és különösen rendelkezés-e a tényelőadás. Akaratnyilvánítás annyiban, amennyiben a fél a kinyilvánítást, a ténybeli előadást akarja. Rendelkezés legfeljebb annyiban, amennyiben a fél előadása által meghatározza a bíróság ítéletének ténybeli alapját. Vajjon ezt már rendelkezésnek lehet-e tekinteni, ez a rendelkezés fogalmának a kérdése. Ebbe ezuttal nem bocsátkozom.



## VIII.

### A MAGÁNOKIRATOK BIZONYÍTÓ EREJE, KÜLÖNÖS TEKINTETTEL AZOK ALAKJÁRA\*

#### I.

#### Bevezetés.

Törvénykezési rendtartásunk 166—169. §-ai a magánokiratok bizonyító erejének kérdését úgy látszik áthatlan homályba burkolták; legalább eddig sem az irodalomnak, sem a gyakorlatnak nem sikerült ezen nagy — mondhatni mindennapos — gyakorlati fontosságú kérdést megnyugtatóan megoldani és vitán kívül helyezni. Legújabbán a Curia teljes ülése 1885. évi december 4-én kelt és f. évi január 22-én hitelesített határozatával kísértette meg a csomót kettévágni. E kísérlet és kiváltképen annak megokolása indított főleg arra, hogy e kérdésről saját, már régen tanított nézetemet bővebben kifejtve közzé tegyem. A Curia ugyanis, midőn a prts. 166. és 167. §-ai között határozott ellentétet vesz fel, annak megszüntetése végett a bizonyítási elmélet egy állítólagos általános szabályához folyamodik, illetőleg azzal akarja a törvényt helyettesíteni. A Curia azonban nemcsak helyén kívül alkalmazza az elméletet, hanem egy tökéletlen elméletre is támaszkodik, melynek segélyével nem is tud az élet követelményeinek minden irányban megfelelő eredményre

\* Megjelent a Magyar Igazságügy 1886. évi XXVI. kötetének 4. és 5. füzetében.



jutni, sőt értelmezése nem kevésbé homályos, mint maga az értelmezett törvény.

Az ilyen eredményű theoretizálás már most igen kapóra jön azoknak, kik rosszakaratú tendenciával hirdetik az u. n. theoria impraktikus voltát, ámbár ezek inkább az u. n. theoretikusokat tartják szemük előtt, kiket, jobb fegyver hiányában, ezen tetszetős és olcsó phrasissal akarnak megbélyegezni, számítva arra, hogy a közönség, amely előtt támadásaikkal szerepelnek, úgy sem vizsgálja meg azon irányadó kérdést, hogy jó-e a theoria vagy rossz. Másokat, kik az iskolában felületesen elsajátított ismereteiket, vagy az általuk véletlenül megismert tudományos tapogatódzásokat vagy talán teljesen elhibázott okoskodásokat tekintik theoriának, és miután az efféle theoriának az életben hasznát venni nem tudják, valamely a mesterség folytatásában eltanult vagy épen felfedezett theoriára esküsznek, mellyel azonban úgy ahogy boldogulni tudnak és ezért praktikusoknak tartják magukat, — a sikertelen theoretizálás minden esete még inkább megerősít kényelmes babonájukban, hogy a theoria az életben hasznavehetetlen.

Ily következmények ellensúlyozására igen hasznosnak tartom ezen nem egészen egyszerű eseten is megmutatni, hogy a theoria és praxis között valójában nincs ellentét, hanem hogy minél mélyebre hatol a theoria, annál életrevalóbb eredményeket létesít.

## II.

### A kérdés.

Törvénykezési rendtartásunknak a kérdésre vonatkozó §§-ai a következők:

#### 166. §.

A magánokirat, bármilyen alakban van kiállítva, mindig bizonyít a kiállító ellen, ha valósága kétségbe nem vonatott vagy bebizonyított.



## 167. §.

Magánokirat, melynek tartalmát tagadja az ellenfél, úgy szolgál bizonyítékul:

a.) ha azt sajátkezűleg írta és írta alá, vagy

b.) ha az idegen kézzel irt okiratot két előttemező tanú jelenlétében írta alá, vagy azok előtt utóbb az aláírást sajátkezű aláírásának ismerte el a kiállító ;

c.) ha a kiállító, aki írni nem tud, két előttemező tanú jelenlétében — kiknek egyike által a kiállító neve is aláírandó, — szokott kézjegyével látta el az okiratot.

## 168. §.

Ha a kiállító sem írni, sem olvasni nem tud, vagy az okirat nyelvét nem érti: az előbbi §-ban érintett szabály megtartása mellett szükséges az is, hogy a jelenlevő tanúk az okirat tartalmát mind maguk ismerjék, mind a kiállítónak az általa értett nyelven megmagyarázzák s hogy ez megtörtént: az okiraton bizonyítsák.

## 169. §.

Az adóslevél ellen, mely a kiállítás eme kellékeinek megfelel: a kölcsön le nem lett számlálása, vagy a kötelezettség fenn nem állása miatt csak úgy van helye a kifogásnak, ha azt a perbefogott bizonyítja.

A főnehézség ezen §§. értelmezésénél a 166. és 167. §§-ban itt ritkított betűkkel nyomtatott kitételeknek összeegyeztetése körül mutatkozik. Ha ugyanis szem előtt tartjuk, hogy minden okirat tartalmát bizonyítja, továbbá, hogy a bizonyítás, a ptrts 152. §-a szerint is, egyáltalában csak akkor bír jelentőséggel, ha az ellenfél tagad, akkor nyilvánvaló lesz előttünk, hogy bármely okiratnak és így nevezetesen a 166. §-ban említett bármilyen alakú okiratnak is, ha egyáltalában bizonyít, azon esetre kell bizonyítani, ha annak tartalmát az ellenfél tagadja, mert különben ép azon esetben nem bizonyítana, amikor bizonyító erejére kerülne a sor.

Ezek szerint tehát úgy a 166., mint a 167. §. teljes joggal így volna szövegezhető: „Magánokirat, melynek tartalmát az ellenfél tagadja, bizonyít“; vagy pedig mind-



két §. ép oly joggal rövidebben így : „Magánokirat bizonyít“. Minthogy pedig ugyanaz a bizonyító erő az egyik §-ban bármilyen alakú, a másikon pedig csak bizonyos, meghatározott alakú iratoknak van megadva, a két §. között, úgy látszik, határozott ellentmondás áll fenn.

Már itt szükségesnek tartom megjegyezni, hogy tévedne az, aki ezen eredményt a 166. §-nak „mindig“ szava által is megerősítettnek tekintené. Ha ugyanis a „mindig“ szót egész általánosságban, minden különös vonatkozás nélkül tekintjük a törvénybe felvettnék és az alatt azt értjük, hogy „minden esetben“, „minden körülmények között“, akkor az azon esetet is magában foglalná, midőn az ellenfél a tartalmat tagadja. Ezen értelmezés azonban azért sem fogadható el, mert akkor a törvénynek egy directe kimondott és elháríthatatlan ellentmondást kellene imputálnunk. A „mindig“ szó elfogadható értelmet ad akkor is, ha azt a „bármilyen alak“-ra vonatkoztatjuk, azaz, ha az által a bármilyen szót tekintjük megerősítettnek.<sup>1)</sup> Még helyesebb azonban a „mindig“ szót a kiállítóra vonatkoztatni, úgy hogy az a bizonyítás személyes irányát határozza meg. Arról, hogy más ellen bizonyít-e és mikor bizonyít a magánokirat, a törvény nem szól, de azt kimondja, hogy a kiállító ellen mindig bizonyít.<sup>2)</sup>

Végre meg kell még említenem, hogy a kérdéses §§. értelmezésének nehézsége egyáltalán nem rejlik a 166. §. ezen szavaiban : „ha valódisága kétségbevonatott vagy bebizonyított“. Ezen nézetben látszik lenni a Curia ama két határozatának, melyek a legújabb teljes ülési határozatra alkalmul szolgáltak, közlője a Büntető Jog Tára, X.

1) „Magánokirat mindig bizonyít“, már magában véve úgy értelmezhető, mint : „magánokirat bármilyen alakban bizonyít“. Így érti a „mindig“ szót Imling, alább közlendő megoldási kísérletében.

2) A „mindig“ szó ezen értelmezése mellett szól az értelem észszerűsége is. L. erre alább a szöveget a 7. jegyzet után. Továbbá azon körülmény, hogy a „mindig“ szó a ptrts miniszteri javaslatának 115. §-ban, valamint az 1840. XV. t.-c., II. R. 98. §-ában, ahonnan a ptrts-unksba átvételt, nem a „bármilyen“ alakú, hanem kifejezetten a kiállító által aláírt okiratokra vonatkozólag áll („azon személy ellen mindig bizonyít, ki azt aláírta“)



köt., 8. sz., 61. lapján, midőn a közlést bevezető soraiban a nehézséget abban látja, hogy ha a valódiság az aláírásra, vagyis arra vonatkozik, hogy az okirat a kiállítótól származik, akkor a bizonyítási teher megosztása szempontjából eszik minden különbség a teljes hitelű és a nem teljes hitelű magánokiratok között, ha pedig a valódiság alatt a tartalom valódiságát értjük, ezzel a nem teljes hitelű okmánytól végkép megtagadjuk a bizonyító jellegét, mivel az csak annyiban bizonyítana, amennyiben tartalma vagy egyáltalán kétségbe nem vonott vagy különben bebizonyított. Ami mindenekelőtt ezen okoskodás második alternatíváját illeti, kétségtelen, hogy az okirat valódisága alatt a ptrts 166. §-ában ép úgy, mint a ptrts 171. és 172. §-ban az okiratnak az állítólagos kiállítótól való származását, nem pedig a tartalom valóságát kell érteni. Semmiképen sem lehet megengedve, hogy a „valódiság” szót azért értelmezzük erőszakosan, hogy ez által nehézséget idézzünk fel. Ha pedig az okoskodás második alternatívája azt akarja mondani, hogy a „valódiság” szó ily értelmezésével a nehézséget nem lehet megoldani, akkor éppen azt tételezi fel, hogy a nehézség másutt rejlik, arra azonban világosan reá nem mutat. És ugyanez áll az első alternatívára is; ez is csak azt mutatja, hogy a nehézség megoldását, amint ezt alább mi is bővebben ki fogjuk fejteni, itt hiába keressük.

### III.

#### Különféle sikertelen megoldási kísérletek

Semmi esetre sem lehet a törvénynek most előadott ellentmondását az által elenyésztetni, ha azt észre sem vesszük.<sup>3)</sup> Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

<sup>3)</sup> Így hallgatással mellőzi a 166. §-nak a 167. §-hoz való viszonyát Ökröss (magy. polg. törvk. rendts., 1870). A törvény szavainak ismétlésére szorítkozik Suhayda (magy. polg. rendts. 1869.) és lényegileg Groisz is (magy. polg. törvk. rendts., 1870).



Egy elterjedt nézet<sup>4)</sup> a 166. §-nak „bármilyen alakban” kitételét a 167. és 168. §§-ban felsorolt alakokra vonatkoztatja. E nézet szerint tehát a 167. és 168. §§. a magánokiratok kellékeit általában állapítják meg, úgy hogy egyáltalában csak az ily kellékekkel ellátott magánokiratok bírnak bizonyító erővel.

Feleslegesnek tartom e nézet indokolását pontonként megcáfolni, és csak azért, hogy e feleslegességet igazoljam, mutatom be annak kiindulási pontját, mely abban áll, miszerint „nem lehet feltenni, hogy a 167. §. bevezetésének szövegezésénél ejtetett volna a hiba, mert a 167. és 168. §§-ban foglalt alakfelsorolásnak különben sem célja, sem értelme nem volna”, továbbá, hogy a 166. §. „szövegezésénél a főszóly annak kifejezésére lett fektetve, miszerint a magánokirat bizonyítási erejére első kellék: valódiságának kétségtelensége”.<sup>5)</sup>

Ezen aprioristikus, semmivel sem indokolt feltevés, mely a tulajdonképeni nehézséget egyszerűen elkerüli és mely egy füst alatt a 171. §-tól a létjogosultságot megtagadja, képezi alapját a „bármilyen alakban” szavak erőszakos értelmezésének.

A „bármilyen alakban” szavaknak általában elfogadott, közönséges értelme kétségtelenül az, hogy az alak tetszés szerint választható, hogy az alakon nem fekszik súly. És hogy a törvény itt ezen értelmet tulajdonítja e szavaknak, ez kitűnik abból, hogy úgy a 167. §. kezdő szavai, mint a 169. §. szerint, a 167. és 168. §§. a 166. §-al ellentétben állanak, nem pedig annak magyarázatára szolgálnak.

Kérdjük: ha a magánokirat egyáltalán csak akkor bizonyít, ha a 167. és 168. §§-nak megfelel, akkor mire

<sup>4)</sup> E nézetet Rudnay István kir. táblai bíró fejtette ki a Jogt. Közl. 1873. évi 14. számában. Mint tizenkét év óta fennálló gyakorlatot említi fel azt Imling. Döntvénybírálat, Jogt. Közl. 1886. II. sz. Constans azonban korántsem volt ezen gyakorlat (v. ö. pl. a Büntető Jog Tára X. k., 8. sz., 61. és köv. lapján közölt 3622/1884. p. Curiai Döntvényt, sőt én, legalább a Dárday-féle döntvénytár nyomán, ezt a gyakorlatot egyáltalán nem találok a Curiánál világosan elfogadva.

<sup>5)</sup> Rudnay az i. h.



való volt a 166. §-ban az alakról, a 167. §-ban pedig a tartalom tagadásáról megemlékezni és mire való az egész 169. szakasz? A „bármilyen alakban” szavaknak javasolt értelmezése valóban nem tekinthető annyira sikerültnek, hogy e miatt érdemes volna a törvényt ennyi abszurditással megterhelni.

És ha még praktikus volna az eredmény. Bizonyos tekintetben ugyan kétségtelenül az, mert könnyen kezelhető, feleslegessé teszi a gondolkozást, az eset tanulmányozását, mint minden formai szabály. Hanem cserébe azután megöli az életben bizonyítékul elfogadott okiratoknak egész sorát. Azon consequentiát, hogy a pusztán aláírott okiratok semmit sem bizonyítanak, méltán visszatudasította a Curia teljes ülése is. Visszariasztóul ide állítom e nézet következményeinek még néhány egyéb példáját is.

1. X. a vendéglőben hagy valamely tárgyat, pl. felöltőjét. Utána küld egy hordárt névjegyével, melyre reá írja „kérem e jegy átadójának felöltőmet kiadni.” Utóbb X. a vendéglős ellen pert indít a felöltő kiadása, esetleg értékének megtérítése iránt. A vendéglős azzal védekezik, hogy a felöltőt felperes megbízottjának kiadta és a megbízás igazolására becsatolta felperes névjegyét. Felperes ezzel szemben elismeri ugyan, hogy a névjegy tőle származik, — vagy ha tagadja is, ez bebizonyíttatik ellene — mindenesetre azonban tagadja, hogy a kérdéses névjegyvel vagy egyébként is megbízást adott volna. Kérdés, be van-e bizonyítva a névjegyvel a megbízás és annak tartalma?

2. A. bepereli adósát B.-t 1000 forint kölcsöntőke és ennek két évre hátralékos 6% kamatai iránt, melyeket az adós a kötelezvény szerint negyedévi részletekben tartozott volna megfizetni; B. azt állítja, hogy a fél évnél régibb kamatokat kifizette és ezen kifogásának bizonyítására hivatkozik a felperes által becsatolt eredeti kötelezvényre, melynek hátlapján a hitelező sajátkezűleg — bár aláírás nélkül — a mindenkori kelettel pontosan feljegyezte a kérdéses hat negyedéves kamatrészlet megfizetését. Kérdés, helyesen ítéltre-e a bíró, ki ezeknek a fel-



jegyzéseknek, aláírás hiányában semmi bizonyító erőt sem tulajdonítana ?

3. B. könyvre hozatja a fűszert A. kereskedőtől. Egy alkalommal úgy a szolgáltatott árúk mennyiségére, mint a teljesített fizetésekre nézve differentiák támadnak köztük. Perre kerül a dolog és B. e perben, az A. által neki adott könyvecskével, melybe — mint ez szokásos — A., illetőleg segédje szokta a szolgáltatott árúkat s a teljesített fizetéseket bejegyezni és amely hol alá van írva az egyes hónapok végén, hol nincs, — akarja bizonyítani a fizetéseket, illetőleg akar ellenbizonyítani a megrendelt vagy szolgáltatott árúk mennyisége tekintetében. A. azonban hivatkozva arra, hogy a kérdéses tételek után aláírása már nem fordul elő és hogy e könyvecske nem is tekinthető kereskedelmi könyvnek, ellenzi a könyvnek bizonyítékul, illetőleg ellenbizonyítékul felhasználását. Vajjon helyesen járna-e el a bíró, ki a könyvecskét mellőzné, dacára annak, hogy az a felek nyilvánvaló intentiója szerint bizonyítás céljából vezették ?

Ezen eset meg is fordítható. A kereskedő is bizonyítani akarhat a könyvecskével.

4. X. egy bizonyos színielőadásra páholyjegyet vesz. Midőn a színházban családjával együtt a megjelölt páholyt el akarja foglalni, kiderül, hogy a kijelölt számú első emeleti páholy nem is létezik a színházban. Ő ennek folytán a színházi pénztárnál azonnal visszaköveteli a jegyért fizetett összeget, de sikertelenül. Pert indít tehát, amelyben a színi vállalkozó nem vonja ugyan kétségbe, hogy a kérdéses jegy az ő pénztáránál vétetett, de tagadja, hogy az páholyjegy volna és az azon olvasható számú első emeleti páholyra szólana. A jegy szerinte a pírts szerint mit sem bizonyít ellene, mert nincs a 167. és 168. §§. kellékeinek megfelelően kiállítva.

5. A fodrásznál vett nyomtatott előfizetési jegy sem az előfizetés megtörténtét, sem annak tartalmát, illetőleg a hajvágás, fodorítás stb. számát, melyre az előfizetés történt, nem bizonyítja még, ha igazoltatik is, hogy a kérdéses jegy az illető fodrásztól származik.

Egyéb példák: a nem kereskedő mesterembernek



idegen kézzel írott számlájára vezetett fizetési elismerése. A kereskedő könyve önmaga ellen, (mert a könyvtulajdonos kereskedő elleni bizonyító erőt a ker. törv. nem szabályozza), az alá nem írott levél, levelezőlap, levélboríték, hirdlapi hirdetmény stb. Ezek mind semmi bizonyítékot nem képeznének, még az iránt sem, hogy mi a tartalmuk, habár valóságuk kétségtelen is.

Legújabbán Imling Konrád, budapesti kir. táblai bíró a Curia teljes ülési határozatával szemben kockáztatott egy homályos, sőt ellentmondó megfajti kísérletet, melyet ép azért saját szavaival vagyok kénytelen idézni. Szerinte a 166. §-ban

„a kiállítás alakjára . . . . semmi súly sincs fektetve. Egyre megy, hogy a kiállító az okiratot csak aláírta vagy szövegét is írta; hogy az okirat aláírásánál tanuk alkalmaztattak-e vagy sem. Ezen alakok bármelyikében kiállított okirat bizonyít; mily erővel bizonyít, ezt a szakasz ki nem jelenti, de kiemeli, hogy bizonyít a kiállító ellen. Ellenben a 167. §. körülírván a magánokirat kiállításának bizonyos alakjait, kijelenti, hogy az ily alakban kiállított okirat úgy bizonyít, hogy a tartalom valódisága tagadhatván, a tartalom ellenkezőjének bizonyítása az ellenfelet terheli. Kinek ellenében bír az okirat ily bizonyító erővel, erről a 167. §-ban már nincs szó. Így tekintvén a 166. és 167. §§-okat, azt látjuk: hogy azok nem egy tárgyról ellentétesen, hanem hogy különböző két tárgyról intézkednek. A 166. §. a magánokirat általi bizonyítás tárgyról, a 167. §. a magánokirat bizonyító erejéről szól.“

Már itt meg kell jegyezmem, hogy nem értem, miképen lehet a 166. §-ról azt mondani, hogy az a bizonyítás tárgyról intézkedik, mikor ellenkezőleg a 167. §. az, amely megmondja, hogy mit bizonyít a magánokirat, t. i. hogy annak tartalmát bizonyítja. Hanem persze Imling szerint az okiratoknál a bizonyítás tárgya alatt nem azt kell érteni, hogy mit bizonyít az okirat, hanem azt, hogy ki ellen bizonyít. Azonban lássuk, hogy mi jön ki ezekből. Imling így folytatja:

„A 166. §. azt mondja: a magánokirat a kiállító el-



len bizonyít. Csupán a kiállító ellen bizonyít, bármi alakszerűségek alkalmazásával legyen kiállítva; de a kiállító ellen mindig bizonyít, habár az alakszerűségek legkisebb mértéke alkalmaztatott, habár az idegen kézzel irt okiratot a kiállító tanuk jelen nem létében irta alá. Arról azonban, hogy az egyik vagy másik alakban kiállított magánokirat mily mérvű bizonyító erővel bír a kiállító ellenében, itt rendelkezés nem tétetik; erről a következő §-okban lesz szó."

„A 167. és 168. §§-ok azután kiegészítik azt, amit a 166. §. nyitva hagyott; meghatározzák a magánokirat kiállításának azon alakszerűségeit, melyeknek alkalmazása mellett az okirat tartalmát tagadó kiállítóra hárul a bizonyítás kötelezettségének terhe; implicite kijelentvén azt is, hogy oly esetben, midőn a magánokirat nem ily alakban állított ki, a 166. §. dacára, a kiállítónak tagadásával szemben annak kell az okirat tartalmát egyéb módon bizonyítani, ki az okiratot bizonyítékul felhozta, vagy legalább ennek kell az okirat által előállított részbizonyítékot kiegészítenie. Szóval a 167. és 168. §§-ok a magánokiratok bizonyító erejéről, de erről általánosságban intézkednek."

Amint ezekből látszik, Imling a törvény fent kifejtett ellentmondását öntudatosan nem is ismerte fel. Különben nem értelmezhetné a 166. és 167. §§-okat azzal, hogy az ott meghatározott okiratok tartalmukat bizonyítják. Kérdem, mit bizonyítanak tehát a 166. §. szerinti okiratok? Mire való egyáltalán azok bizonyító erejéről szólni, ha a kiállító egyszerű tagadásával szemben az okiratot felmutató félnek kell azok tartalmát egyéb módon bizonyítani?

Igaz, hogy ezzel szemben Imling azt válaszolhatná, hogy ő a 166. §. szerinti okiratoknak részbizonyító erőt is tulajdonít. Hanem ezt a részbizonyító erőt Imling először is egyáltalában nem indokolja és másodszor erre az állításra nem is szabad hivatkozni akkor, midőn folyton azt hangoztatja, hogy a 166. §. nem szól a bizonyító erőről, hanem hogy erről a 167. és 168. §§-ok és pedig általánosságban intézkednek.



Megfoghatlan az is, hogy hogyan jut Imling ahhoz, hogy a magánokirat pusztá aláírását tekinti az alakszerűségek legkisebb mértékének. Hisz a „bármilyen alakban” szavak szerinte is semmi korlátozást nem tűnnek, „a kiállítás alakjára itt semmi súly nincs fektetve”, sőt a „mindig” szó szerinte megerősíti a „bármilyen alakban” szavakat. Vagy talán a „kiállítva” szóból következteti Imling az aláírásnak szükségességét? A 167. és 168. §§. kézjegy által való kiállítást is ismernek és az irni nem tudó e §§. szerint már kiállító, még mielőtt a néviró az ő nevét aláírta és a többi alakszerűségek teljesítették volna. És ettől eltekintve, a 167. §. a kiállító aláírását kívánván meg, az aláírást legfeljebb a kiállítás egyik módjának tekintheti.

Még megfoghatatlanabb, hogy mi célja legyen a „bármilyen alak” ily erőszakos megrendszabályozásának, formába szorításának, mikor Imling szerint úgy is csak a 167. és 168. §-ok szerint kiállított okiratok bírnak bizonyító erővel, egyéb okiratok pedig semmi, vagy részbizonyítékot szolgáltatnak.

Imling szerint a 166. §. sulypontja annak meghatározásában rejlenék, hogy ki ellen bizonyít a magánokirat.

Kétségtelen az én nézetem szerint is, hogy a magánokirat bizonyító erejének személyes vonatkozásáról csupán a 166. §. intézkedik és hogy e részbeni intézkedése — persze helyesen értelmezve — általános, azaz kiterjed a 167. és 168. §§. szerint kiállított okiratokra is. Helytelen volna nevezetesen a 167. §. azon szavaiban „tagadja az ellenfél” a személyes vonatkozás meghatározását látni, és a 166. és 167. §§. közötti ellentmondást az által ki egyenliteni akarni, hogy míg a bármilyen alakban kiállított okirat csak a kiállító ellen, addig a 167. és 168. §§. szerint kiállított okirat az ellenfél ellen, bárki legyen is az, tehát mindenki ellen bizonyít. Hisz ekkor bárkinek — X.-nek — sajátkezűleg írott és aláírott tanusítása arról, hogy valamely tény meg vagy meg nem történt, pl. hogy Y. ennyi kölcsönt vett fel, az ellenfél — Y. — tagadása ellenében is teljes bizonyítékot képezne, azaz a magánokirat a tartalom bizonyító erejét tekintve, a köz-



okirattal egyenlő erővel volna felruházva. Ezen hallatlan következmény a törvénynek a bíróságon kívüli beismérésre és a tanubizonyítékra vonatkozó intézkedéseivel is ellentétben állana.

Nem kevésbé világos azonban előttem, hogy a 166. §. nemcsak arról akar intézkedni, hogy a magánokirat a kiállító ellen bizonyít. A §. egész szövegezése sokkal inkább arra mutat, hogy az a bármilyen alakú okiratoknak akar bizonyító erőt tulajdonítani és emellett jelzi a bizonyító erő korlátait. Ellenkező esetben a bármilyen alakú okiratok felemlítése teljesen felesleges volna, — amit pedig Imling sem állít — és a §-nak egyszerűbb és rövidebb szerkezete eltéveszthetetlenül közel feküdt volna.

Legkevésbé sem lehetne a 166. §-t Imlinggel oda magyarázni, hogy az kizárólag, csupán a kiállító ellen állapítja meg a bizonyító erőt. Ez esetben a törvény szerint a végrendelet csak az örökhagyó ellen, az engedmény csak az engedményező, a meghatalmazás csak a meghatalmazó ellen bizonyítana.

A dolog úgy áll, hogy minden okirat mindenki ellen bizonyítja, szemléltetővé teszi azt, hogy az abban foglalt gondolat kifejezés megtörtént. Hogy azonban ezen bizonyítás a perben minő jelentőséggel bír, ez a nyilatkozatnak, az okirat tartalmának minőségétől is függ.

Ha az okirat tartalmát maga a perben kérdéses relevans rendelkezés vagy más akaratnyilatkozat képezi, tehát pl. végrendelet, engedmény, meghatalmazás, ajánlat, értesítés, váltó, az ármeghatározással megbízott harmadik ármeghatározása, fenyegetés, tévesztés, akkor az okirat már az által, hogy a kérdéses nyilatkozatot szemléltetővé teszi, előállítja a perben szükséges bizonyítékot; tehát mindenki ellen, kivel szemben ezen nyilatkozatok jelentőséggel bírnak, bizonyít; természetesen mindig feltéve, hogy az okirat valódi, azaz attól származik, akinek tulajdonítottatik.

Ha ellenben az okirat tanusítást, azaz valamely tény meg- vagy meg nem történtének állítását tartalmazza, akkor a perben, ahol és amennyiben nem arról van szó, hogy valaki ezen tényre vonatkozólag egy bizonyos nyi-



latkozatot tett-e, hanem maga a tanúsított tény kérdéses, az ily okirat végeredményében csak úgy fog bizonyítani, ha az okiratban foglalt tanúsítás is bizonyító erővel bír. A bíróságon kívüli tanúsítás már most, kivéve ha közhitelességű személytől ered és közokirat alakjában történik, nem bír bizonyító erővel, vagyis helyesebben rendszerint<sup>6)</sup> csak akkor bizonyít, ha az bíróságon kívüli beismerésnek válik be, azaz magára a tanúsítóra hátrányos tényről szóló *testimonium proprium*. Mivel pedig a bíróságon kívüli beismerés rendszerint csak a beismerő ellen bizonyít, a beismerést tartalmazó magánokirat is végeredményében rendszerint csak a kiállító ellen fog bizonyítani.<sup>7)</sup>

Ez az értelme azon ismeretes tantételnek, hogy a magánokirat csak a kiállító ellen bizonyít, mely helyesebben akként volna kifejezhető, hogy a magánokiratban foglalt tanúsítás — melyet itt a bíróságon kívüli beismeréstől megkülönböztetünk — rendszerint nem bizonyít. Az tulajdonképpen csak negatívja azon a közokiratokra, illetőleg régebben a közhitelességű pecsétre nézve fennálló szabálynak, hogy az mindenkivel szemben bizonyít, azaz hogy a közokirat hiteles tanúságtételt is tartalmazhat. És ugyanez az értelme ezen tételnek p<sup>tr</sup>sunkban is, ahol azonban az helyesebben nincs kizárólagos, hanem csak pozitív értelemben használva, úgy hogy azon kérdés,

<sup>6)</sup> Kivételesen a magánokiratban foglalt tanúság is bizonyít. Ide tartozik a kereskedelmi könyv, harmadik személyek mellett (ker. törv. 31. §.) az alkusz naplója és kötjegye (ker. törv. 541. §.), két kereskedő bizonyítványa a váltóárfolyam tekintetében (m. v.-törv. 50. és 51. §§.) A szabad bizonyítási elmélet szerint általában nem lehet a magánokiratba foglalt tanúságtól a bizonyító erőt feltétlenül megtagadni. Valószínűsítésül az kétségtelenül a mi p<sup>tr</sup>sunk szerint is felhasználható.

<sup>7)</sup> Rendszerint, mert az örökhagyó, az engedményező, a meghatalmazott beismerése az örökös, az engedményes és a meghatalmazó ellen is érvényesíthető. A fuvarlevél az átvévo ellen is bizonyít. A kezes, midőn a főadós ellen visszkeresettel él, a hitelező nyugtatványával fogja bizonyítani, hogy a tartozást kifizette. A számadás kiadás-tételei a számadást követelővel szemben is beigazolhatók, a kielégített harmadik személyek számlái és nyugtatványai által. Általában vannak esetek, midőn valamely ténynek az ellenféllel szemben való bebizonyításával egyenlő erejű, ha az egy bizonyos harmadik ellen bebizonyítottnak tekintendő.



hogy a magánokirat a kiállítón kívül még ki ellen bizonyít, nyitva van hagyva.

Azok részére, kik a 167. §. „tartalmát tagadja“ kitételének értelmezésébe nem tudnak vagy nem akarnak bocsátkozni, ezek után még egy lehetőség maradna fenn, hogy az ellentmondást a törvény szavainak segélyével megoldják. Azt lehetne ugyanis mondani, hogy mivel a 166. §. szerint a bármilyen alakban kiállított okirat csak valódiságának kétségbe nem vonása vagy bebizonyítása esetére ruháztatik fel bizonyító erővel, a 167. §. pedig a valódiságot nem állítja fel a bizonyító erő előfeltételéül, a 167. illetőleg 168. §§. szerint kiállított okirat akkor is bizonyít, ha annak valódisága kétségbe vonott és be nem bizonyított, vagy is hogy ezen okiratokkal szemben a valódiságot tagadó fél tartozik az okirat hamisságát bebizonyítani.

E nézet azonban az előbbenieknél talán még tarthatatlanabb. Megcáfolja azt már a ptrts. 171. §-a, mely ex offo foglalja a magánokiratok valódiságának bizonyításával és általában rendeli, hogy a magánokirat valódiságát a tagadással szemben az okira hivatkozó fél tartozik bizonyítani. A 166. §-nak a valódiság feltételére vonatkozó kimondása ez okból nem tekinthető egyébnek, mint felesleges sallagnak. Egyébiránt elég e nézet ellen annak következményére utalni. Hisz e nézet szerint az, aki a hamis aláírás mellé még két tanú aláírását is oda hamisítja, ez által az ellenfélre hárította a hamisság bizonyítását.

Ugy látszik ezek után, hogy e nézetet kár is volt felemlíteni. De van követője. A Dárday-féle döntvénytárban (régii folyam VIII. k., 185. sz.) a legfőbb ítélőszék 1872. évi 8684. sz. ítéletéből azon elvet találjuk levonva, hogy: „a tanúk által előttemezett okirat a kibocsátó jogutóda ellen is teljes bizonyítékul szolgálván, ha annak valódisága kétségbe vonatik, nem az okira hivatkozó fél tartozik a valódiságot, hanem az ellenfél tartozik az általala valódiságára nézve kétségbe vont okirat valótanságára vonatkozó állítását bebizonyítani.“ Az igazság kedvéért azonban meg kell jegyeznem, hogy ezen „elv“



csak a kérdéses ügyben hozott királyi táblai határozatban van kimondva és hogy a legfőbb ítélőszéket e részben csak azon hiba terhelte, hogy az elv ellen helybenhagyó határozatában nem tiltakozott, hanem megelégedett azzal, hogy a bizonyítási teher ily megállapítását azzal indokolja, miszerint a kérdéses okirat a tagadó fél jogelőde által a község előjárósága előtt állíttatott ki és ez által az azon időben szokásos módon a községi pecsét reá illesztésével megerősítettnek tűnik fel.

Már fennebb kifejtettük, hogy a „valódiság” alatt a 166. §-ban nem lehet a tartalom valóságát érteni; itt hozzátesszük, hogy ezen erőszakos értelmezéssel semmi más eredményt sem nyernénk, mint hogy az ellentmondást a 166. és 167. §§. közül, magába a 166. §-ba helyeznénk át és pedig ott azután feloldhatatlanul.

#### IV.

### A Curia teljes ülési határozata.

A Curia teljes ülési határozata<sup>8)</sup> következőleg hangzik :

„Ha a magánokirat az irni, olvasni tudó kiállító sajátkezű aláírásával van ellátva, a kölcsönt tartalmazó magánokiratokon (adósleveleken) kívül minden más okirat tartalmának valóságát, ha az tagadásba vétetett, nem az, ki arra hivatkozik, hanem annak ellenkezőjét, vagyis azt hogy a tartalma nem való, a kiállító köteles bizonyítani.”

Az indokolás, szembe állítva a ptrts. 166. §-át a 167. kezdetével és a.) és b.) pontjával, így folytatja :

„A perrendtartásnak eme két intézkedése, úgy amint az általánosságban szerkesztve van, egymással határozott ellentétben áll, ezen ellentét tehát csak a bizonyítási elmélet általános szabályai és a perrendtartás további intézkedései alapján szüntethető meg. A bizonyítási elmélet

<sup>8)</sup> Mint 28. sz. polgári döntvény közölve a Budapesti Közlöny 1886. évi 35. számában, továbbá a Magyar Igazságügy Curiai Döntvényeinek II. folyamában 109. sz. a.



általános szabályai szerint a vélelem amellet szól, hogy a kiállító által sajátkezüleg aláírt okirat tartalma való, ezen vélelem ellen tehát a bizonyítás azt terheli, aki a tartalmat tagadja; a prts. 169. §-a szerint pedig az adóslevél ellen, mely a 167. és 168. §§-ban kijelölt kellékeknek megfelelően van kiállítva: a kölcsön le nem lett számítása vagy a kötelezettség fenn nem állása miatt csak úgy van helye a kifogásnak, ha azt a perbefogott bizonyítja. Ezek következtében ki kellett mondani, hogy a bizonyítási elmélet általános szabályára alapított 166. §. az adósleveleken kívül minden más sajátkezüleg aláírt okiratokra nézve szabályt képez s így ezen okiratok tartalmának valóságát nem az, aki arra hivatkozik, hanem annak ellenkezőjét, vagyis azt, hogy a tartalom nem való, a kiállító tartozik bizonyítani, és hogy a 167. §. a) és b) pontjában foglalt intézkedés csupán az adóslevelekre nézve képez az általános szabály alól kivételt."

Amint láttuk, a törvény értelmezésének főnehézsége az egyszerű bizonyítás (166. §.) és az okirat tartalmának tagadása esetében való bizonyítás (167. §.) közötti különbség meghatározásában rejlik. A Curia e kérdés megoldását meg sem kísérti, maga is a prts. 167. §-ának homályos kitételével akar magyarázni, hanem e helyett a csomót azzal akarja ketté vágni, hogy kimondja, miszerint a pusztán aláírott magánokirat is bizonyítja tartalmát, vagy mint a Curia, magyarázat nélkül mondja, tartalmának valóságát.

Hogy ezen operatio interpretatioja akar-e lenni a 166. §. bármilyen alakban kiállított okiratának, ezt határozottan megállapítani nem tudom. A határozat szövege szerint nem kell ezen interpretatiót felvennünk, az indoklás szerint ellenben úgy látszik, hogy a Curia meg akarja magyarázni, hogy mit kell a bármilyen alaku okirat alatt érteni.

A határozat szövegének eredménye ugyanis az, hogy a 167. §-ba még a következő külön pontot kell bevenni: c.) ha az idegen kézzel írt okiratot aláírta a kibocsátó. E mellett azután még a 169. §-t kellene megváltoztatni, úgy, hogy abban ezen új pontra hivatkozás ne történjék.



A 166. §. azonban maradna változatlanul és a 166. §. és a 167. §. közötti ellentmondás értelmezetlenül.

Az indokolás szerint ellenben a ptrts. 166—169. §§-it az ideiglenes osztrák ptrts. 117—119. §§-nak vagy a ptrts. miniszteri javaslata 115. §-ának alább közlendő mintájára kellene átszövegezni. T. i. a 166. §-ba bele kellene venni az osztr. id. ptrts. 117. §-ából a pusztán aláírt okiratokra vonatkozó intézkedést, körülbelül így: „A magánokirat, melynek valódisága kétségbe nem vonatott vagy bebizonyított, a kiállító ellen akkor is teljesen bizonyít, ha az a kiállító által csak sajátkezüleg aláíratott.“ A 167. §. a.) és b.) pontját ismét egy külön, a 169. §-al összekapcsolható §-ba foglalni.<sup>9)</sup>

Ezen szövegezés mellett elenyésznek a 166. és 167. §§. közötti — látszólagos — ellentmondás, hanem e helyett cserébe vennénk egy ellentmondást az élettellel, amely a fent idézett példák szerint is megkívánja, hogy a bármilyen alaku, nevezetesen az aláírás nélküli okiratok is, ne zárassanak ki a bizonyítási eszközök sorából. Ismét ott volnánk, ahol az id. osztr. ptrts, melyet ptrtsünk ezen kérdésben az alábbiak szerint kétségtelenül el akart hagyni, és melynek e részbeni intézkedéseinél a mi ptrtsünkéi — a rossz szövegezés dacára — jóval tökéletesebbek.<sup>10)</sup>

Hogy a Curia u. n. megoldása, akármelyik értelmét fogadjuk is el, hallatlan erőszakot követ el a törvény szövegén,<sup>11)</sup> ezt elég megemlíteni.

Nem helyeselhetjük a Curia teljes ülésének indokolását sem.

Mindenekelőtt meglepő ama könnyűség, amellyel a

<sup>9)</sup> Értelemre nézve megegyeznek ezzel a polgári törvk. rendts. tárgyában kelt 1879-iki miniszteri javaslatnak 149—152. §§. is. A szövegezés azonban nehézkesebb.

<sup>10)</sup> Ugyanezzel a váddal kell terhelnünk az 1879-iki miniszteri javaslatot is.

<sup>11)</sup> Jól jegyzi meg Imling az i. h., hogy a Curia különbséget tesz a magánokirat alakjára nézve adóslevél és másnemű okirat között oly kiállítónál, aki írni s olvasni tud és az okirat nyelvét érti; de különbséget nem tesz olyanoknál, ki ezen ismeretekkel nem bír.



Curia a törvénnyel elbán. Még csak azt sem látja szükségesnek, hogy a törvény állítólagos „határozott ellentétét” kifejtse, annál kevésbbé igyekszik az ellentét megoldásának eddigi kísérleteit megcáfolni. Pedig ha valahol, úgy ott lenne szükség a kimerítő megokolásra, ahol a bíró, ki a törvények szerint tartozik határozni, a törvény fölé akar helyezkedni, azt ki akarja javítani. A törvény állítólagos ellentétével tisztába jönni egyébiránt a jelen esetben már csak azért is nagyon ajánlatos lett volna, mert akkor a Curia valószínűleg legalább elkerüli azon hibát, hogy a törvény homályos kitételét ugyanazon homályos kitételrel akarja elenyésztetni.

Különös továbbá az elmélet felhasználása. E részben ugyanis a Curia két feltevésből indul ki, melyek egyikét sem tartja szükségesnek indokolni, t. i.

1. hogy a bizonyítási elmélet általános szabályai szerint a vélelem amellet szól, hogy a kiállító által sajátkezüleg aláírt okirat tartalma való ;

2. hogy a ptrts. 166. §-a a bizonyítási elmélet általános szabályára van alapítva.

A Curia nem mondja meg, hogy minő elmélet szerint állítja fel a kérdéses általános szabályt. Pedig az elméletnek nincs egy általános codexe, kötelező szabályokkal. Az elmélet lehet, egyebek közt, X-nek elmélete, egy elterjedt, az uralkodó, az általában elfogadott és lehet nevezetesen egy bizonyos törvény elmélete is.

Kétségtelen, hogy valamely törvény értelmezésénél mindenekelőtt azon elmélet volna kimutatandó és figyelembe veendő, melyet az a törvény követ. A Curia azonban a hivatkozott bizonyítási elmélet alatt nem érthette a ptrts által elfogadott bizonyítási elméletet, mert ekkor érvelése a következő petitio principii-t tartalmazná : mint-hogy a törvény által az okirati bizonyítás tekintetében elfogadott bizonyítási elmélet általános szabálya ez és ez, — ennélfogva a 166. §. ezen szabályra van alapítva.

Az indokolás gondolatmenete inkább a következő : a törvény szövege érthetetlen, ezért nem marad más hátra, minthogy a theoriához általában, azaz a törvénytől függetlenül, a dolog természetéből levonható theoriához folya-



modjunk és feltegyük, hogy a törvény nem akart mást kimondani, mint ami általában helyes, észszerű, azaz ezen theoria szabályát fogadta el.

A Curia azon feltevése már most, hogy az indoklásban hivatkozott szabály a törvénytől függetlenül helyes theoriának általános, generalis szabálya volna, nem fogadható el. A helyes theoria szerint ugyanis a bíró a bizonyítási eszközöknek és így az okiratoknak is bizonyító erejét, valamint ezen bizonyító erő előfeltételeit is, in concreto, a józan ész és tapasztalat alapján mérlegeli. Vannak ugyan ezen nem törvényes bizonyítási elméletnek is egyes, a tapasztalatból józan okoskodás útján levont tételei, de ezek nem külsőleg kötelező szabályok, hanem utmutatók. Ily tétel az is, hogy az okirat aláírása a tartalom elfogadása, magáévá tétele, szándékos kinyilvánítása jelének tekintetik. E tétel megfelel a — nálunk — divatozó felfogásnak és szokásnak és belsőleg is indokolható. De ez a szabály, amelytől a bíró, ha törvény által korlátolva nincsen, ok nélkül eltérni nem fog, csak útmutató. Egyrésztől ugyanis lehetnek körülmények, amelyek közt e szabály nem alkalmazható,<sup>12)</sup> másrésztől pedig és főleg, mert a tartalom elfogadása más körülményekből is következtethető.

De nem áll továbbá, és ez a fődolog, a Curia azon feltevése sem, hogy a ptrts. 166. §-a a bizonyítási elmélet kérdéses általános szabályára van alapítva. Ámbár a törvény szövegezése homályos, annyi ebből is bizonyos, hogy a törvény nem akarta ezen szabályt általános szabályként felállítani. Még kétségtelenebb lesz ez előttünk, ha a törvény előzményeit annak jelenlegi szerkezetével egybevetjük.

<sup>12)</sup> Így eltekintve attól, ha a kiállító olvasni nem tud, vagy az okirat nyelvét nem érti, nem alkalmazható e szabály akkor sem, ha a kiállító az általa értett nyelven szerkesztett okiratot, műveltségi állapotánál fogva, a technikus terminusok vagy az elvontabb szerkezet folytán nem érthette, továbbá, ha azt tényleg nem olvasta el, ami a körülményekből is következtethető lehet. A szabad bizonyítási elmélet szerint a bíró mindenestre nem fog egyszerűen az aláírásból a tartalom valóságára következtetni, hanem előbb azon ténnyel jön tisztába, hogy az aláírás in concreto a tartalom elfogadása jelének tekinthető-e.



Az osztr. id. ptrts. ide vonatkozólag következően intézkedik :

117. §.

„Privaturkunden haben, insofern sie nach den Gesetzen für anerkannt zu halten sind, oder die Echtheit derselben dargethan wird, gegen den Aussteller volle Beweiskraft. Diese ist ihnen, wo nicht vermöge besonderer gesetzlichen Vorschriften eine Ausnahme stattfindet, auch dann beizulegen, wenn sie von dem Aussteller bloß eigenhändig unterschrieben sind“ stb.

118. §.

„Wer des Schreibens unkundig, oder wegen körperlicher Gebrechen zu schreiben unfähig ist, muss zwei Zeugen, deren einer dessen Namen unterschreibt, beziehen, und sein gewöhnliches Handzeichen beirücken.“

119. §.

„Schuldverschreibungen über Darleihen aber haben nur dann volle Beweiskraft, wenn sie entweder von dem Aussteller eigenhändig geschrieben und unterschrieben, oder von dem Aussteller und zwei Zeugen eigenhändig unterschrieben sind.

Gegen einen vorschriftsmässig eingerichteten Schuldschein findet die Einwendung der nicht geschehenen Zuzählung des Darlehens nur insofern statt, als sie von dem Aussteller erwiesen wird.“

Törvénykezési rendtartásunk 1867-iki javaslatában ezen intézkedések a 115. §-ba foglalva következő, az 1840-iki váltóeljárás 98. §-ának figyelembe vételét is tanúsító szövegezéssel vétettek át.

„Magánokirat, ha valódisága kétségbe nem vonatott vagy bebizonyított, azon személy ellen mindig bizonyít, ki azt aláírta ; vagy amennyiben irni nem tudna, két tanu előtt, kik közül az egyik az ő nevét írta, keresztvonalását az okiratra tette.

Adóslevélnek azonban csak akkor van teljes bizonyító ereje, ha azt az adós vagy egész terjedelmében



önkezüleg írta és aláírta, vagy legalább önkezü aláírását, avagy ha irni nem tud, keze keresztvonását két tanu ellenjegyezte.

Ily adóslevél ellen a kölcsön le nem olvasása miatt kifogásnak csak annyiban van helye, amennyiben ezen kifogást az adós bebizonyítani tudja.

A miniszteri javaslat ezen intézkedései helyett a képviselőház jogügyi bizottsága javaslatába a ptrts. jelenlegi 166—169. §-ait vette fel. Képtelenség volna feltételezni, hogy ez azért történt, azaz hogy a törvényhozás azért cserélte fel a miniszteri javaslatnak az osztr. id. ptrts. legalis bizonyítási szabályát elég szabatosan kifejező szövegét egy e szabályt egyáltalán nem kifejező szöveggel, hogy a kérdéses legalis bizonyítási szabályt magáévá tegye.

A curiai határozat úgy, mint a többi nézetek, tarthatlansága a helyes nézet kifejtéséből és megalapításából is ki fog tűnni. Mielőtt azonban erre áttérnénk, még meg kell emlékeznünk a Curia teljes ülési határozatának előzményeiről, valamint annak első alkalmazásáról.

Az „ellentétes elvi alapokon nyugvó határozatok”,<sup>13)</sup> melyek a teljes ülési határozatra alkalmat adtak és a vitás kérdés közlésében is idézve vannak, a Curiának 1884. évi 3622 (polgári) és 697 (váltó) számú határozatai.<sup>14)</sup>

Az előbbi határozat esetében egy készfizetési kezességi kötelező nyilatkozatról volt szó, mely alperes és két tanu által volt aláírva. Alperes tagadta, hogy a kezességi nyilatkozata előtte felolvastatott volna. Az egyik tanu nem volt jelen, midőn alperes a kötelező nyilatkozatot aláírta, a másik azt vallotta, hogy a felolvasásra nem emlékezik. Az első bíróság ítélete szerint, szemben azzal, hogy az aláírást alperes beismerte és hogy nem tagadja, miszerint irni, olvasni tud, alperest terhelte annak bizonyítása, hogy az okmány tartalma nem való. A ítéletet úgy a budapesti kir. tábla, mint a Curia indokaiból helybenhagyta.

<sup>13)</sup> 1881. LIX. t.-c. 4. §.

<sup>14)</sup> Közölve a „Büntető Jog Tára”, X. köt. 8. sz., 61. és köv. l.



A másik ügyben kölcsönkötelezvényről volt szó. A kötelezvény aláírásánál csak az egyik tanu volt jelen és nem igazoltatott, hogy a másik tanu előtt a kiállító elismerte volna az aláírást.

„Ennélfogva” — a Curia szerint — „az A. alatti kötvény a ptrts. 167. §. b.) pontja alatt körülírt kiállítási kellékekkel nem bírván, bizonyítékul nem szolgálhat.”

Amint e két határozatból kitűnik, azok legkevesebb sem állanak egymással ellentétben. Az egyik esetben kezességi nyilatkozatról, a másikkban kölcsönkötelezvényről volt szó és a két ügyben azok bizonyító ereje különbözően döntenetett el. Tökéletesen úgy, amint azt a Curia teljes ülési határozata kívánja. A Curia tehát maga feleslegesnek declarálta teljes ülési határozatát. Ebből az incidensből mindenesetre az volt.

A Curia teljes ülési határozatának alkalmazása az 1886. évi január 19-én 6767/885 sz. a. kelt Curiai ítélettel történt.<sup>15)</sup> Az alapul szolgált peres ügy, értékpapírok és pedig kereskedelmi forgalom tárgyát képező értékpapírok vételéből és eladásából eredt, melyet felperes alperes részére és megbízásából eszközölt. Az üzleti összeköttetés végeredményéről egy Vertrag nevű okirat állíttatott ki, melyben a felek közötti összeszámlolás eredményeként alperes felperesnek 20.000 frt fizetésére kötelezte magát és amelyet alperes pusztán sajátkezű aláírásával látott el.

A Curia szerint ezen okirat alperes ellen „a ptrts. 166. §-hoz képest teljes bizonyító erővel bír s ettől meg nem fosztja azon körülmény, hogy az okiratot tanuk alá nem írták, mert mellőzve azon körülményt,<sup>16)</sup> hogy az okirat Magyarországon kívül Nürnbergben állíttatott ki, a ptrts. 166., 167., 168. és 169. §-ainak egybevetéséből kétségen kívül (?) kitűnik, hogy a tanuk jelenlétét a magyar törvény is csak a kölcsön vett összegről kiállított adósleve-

<sup>15)</sup> Közölve a „Jog” 1886. évi 10. számának mellékletében.

<sup>16)</sup> Ezt a körülményt azon esetben, ha felperes elő nem adta a német jog ide vonatkozó szabályát, illetőleg ha ezt elő is adta, de alperes tagadásával szabályszerűen nem igazolta (ptrts 157. §.), helyesen mellőzte a Curia. Ellenkező esetben ez a körülmény lett volna döntő (ptrts 180. §.).



lek aláírásánál kívánja azok teljes bizonyító erejéhez, ha adós az adóslevelet egész terjedelmében (?) nem sajátkezűleg írta.“

A ptrts. idézett §-ának fenforgó esetben való alkalmazása a közölt tényállás szerint téves. Ebből ugyanis kétségtelen, hogy felperes bejegyzett kereskedő volt. Értékpapírok vétele és eladása mások részére bankügylet és mint ilyen kereskedelmi ügyletet képez akkor is, ha felperes kereskedő azt nem iparszerűleg ugyan, de kereskedelmi üzlete körében kötötte.<sup>17)</sup> Ez utóbbi körülmény a tényállás szerint kétségtelen, miután felperes könyveibe vezette be az eladásokat és vételeket, sőt erre alperes által utasítva is volt. Kereskedelmi ügylet volt ennek folytán a ker. törv. 260. §-a értelmében az összeszámolás is.

Világos ezekből, hogy itt nem a ptrts-t, hanem a ker. törv. 313. §-át kellett volna alkalmazni, amely a kereskedelmi ügyletekről<sup>18)</sup> kiállított szerződések érvényességéhez és így kétségtelenül azok teljes bizonyító erejéhez is, csak az írni tudó kötelezett fél pusztá aláírását kívánja meg.

## V.

### A ptrts 167. és 168. §-ainak törvényes értelmezése.

A ptrts 167. és 168. §-ainak van törvényes értelmezésük.

Az 1881 : LX. t. c., azaz a végrehajtási törvény 13. §-ának utolsó bekezdése szerint :

„Váltóköveteléseknél . . . a végrehajtás meghallgatás nélkül rendelendő el akkor is, amikor az engedmé-

<sup>17</sup> Ker. törv. 259. §. Ehhez járul még a 261. §. is. Az értékpapírok vétele alperes részéről is ker. ügylet lévén (258. §. 3. p.), a vétel alperes számadására felperes részéről ezenfelül bizományi ügylet. Ha alperes kereskedő volt, ami a közölt tényállásból biztosan ki nem vehető, és itt közömbös, az egész ügylet az ő részéről is kereskedelmi ügyletet képezett.

<sup>18</sup> És pedig, mivel a törvény 313. §-a másként nem rendelkezik, elég, ha az ügylet csak az egyik szerződő fél részéről is kereskedelmi ügylet. V. ö. ker. törv. 264. §.



nyezés teljes bizonyító erejű magánokirattal (1868 : LIV. t. c. 167. és 168. §§.) van igazolva.”

Teljes bizonyító erejű magánokirat tehát annyit tesz, mint a ptrts 167. és 168. §-ainak megfelelően kiállított magánokirat.

Kétségtől ugyanaz az értelme a végrehajtási törvény 31. §-ában a „teljes bizonyító erejű magánokirat” és 223. és 237. §-aiban a „teljes bizonyerejű magánokirat” kifejezéseknek is.<sup>19)</sup>

A végrehajtási törvény ezen értelmezését magáévá teszi az azzal egyidejűleg alkotott 1881 : LIX. t. c. is, midőn 13. §-a 2. a.) pontjában, a ptrts 93. §-a b.) pontjának azon kitételét : „a követelés teljesen igazoló okiraton alapul,” a következő kitétellel helyettesíti, illetőleg értelmezi : „közokiratokban, továbbá hitelesített vagy az 1868 : LIV. t. c. 167. és 168. §-ainak megfelelően kiállított magánokiratokban kötelezett . . . követelés.” Nyilván azért hivatkozik továbbá az 1881 : LIX. t. c. 11. §-ában, midőn azon írásbeli beadványok külalakját meghatározza, melyeket a felek a járásbirósághoz ügyvédi ellenjegyzés nélkül nyújtanak be, a ptrts 167. és 168. §-aira, mert ezen beadványokat a teljes bizonyító erejű magánokiratok kelteivel kívánja felruházni.

A ptrts. 167. és 168. §§-nak ezen értelmezése, mint törvényes értelmezés akkor is feltétlenül irányadó volna, ha kétséget kizárólag ki lehetne mutatni, hogy az a ptrts-nak felfogásával határozott ellentétben áll.

Azonban ép ellenkezőleg kimutatható, hogy ezen értelmezés a ptrts felfogásával is összhangban van. A ptrts 93. §-ának b.) pontja, amint már említettük, teljesen igazoló okiratról szól, a 338. §. pedig a biztosítási kérelem megalapításhoz teljes hitelt érdemlő okiratot kíván. A legalisan teljes bizonyító erejű magánokiratot tehát — mert a törvény általában okiratról és így magánokiratról is

<sup>19)</sup> Így Imling is a végrehajtási törvény 31. és 223. §§-aihoz, a végrehajtási törvény magyarázata című könyvében 50. és 411. II. Miért nem a Curia teljes ülési határozata ellen irt cikkében is? Hisz ez az egy argumentum magában véve többet ért volna a Curia érvelése ellen, mint az egész cikk.



szól — már a ptrts is ismeri és ez alatt nem érthet egyebet, mint a 167. és 168. §§. szerint kiállított magánokiratot, mert az kétségtelen, hogy a ptrts a magánokiratok között a 167. és 168. §§. szerint kiállított okiratokat ruházza fel a bizonyítási erő legnagyobb fokával. Megfelel ennek az is, hogy a ptrts. 88. §-a második bekezdésében előírja, miszerint a perbeli meghatalmazvány, kivéve ha a meghatalmazás a sommás eljárásban a per bírósága előtt előszóval történik: „a 167. és 168. §§-ban megszabott kellékek szerint írásba foglaltassék.” Világos, hogy a törvény itt legalis teljes bizonyítékot kíván.<sup>20</sup>

Levonjuk a consequentiát. Kétségtelen:

<sup>20</sup>) A kisebb polgári peres ügyekben való eljárásról szóló 1887: XXII. t.-c. szerint a teljes bizonyító erejű okiratok alatt szintén csak a ptrts 167. és 168. §§-nak megfelelően, illetőleg ott a 46. §. 3. és 4. bekezdésének megfelelően kiállított magánokiratokat lehet érteni. Igaz ugyan, hogy a bagatell-törv. 46. §-a második bekezdésében egész általánosságban azt mondja, hogy: „Magánokirat, melynek valódisága kétségbe nem vonatott vagy bebizonyítottatott, a kiállító ellen teljes bizonyítékul szolgál” és azután a ptrts 167. §-ában is felsorolt kiállítási kellékeket, ép úgy, mint a 167. §. a következő bevezetéssel sorolja fel 3. bekezdésében: „Azon magánokirat, melynek tartalmát az ellenfél tagadja, úgy szolgál bizonyítékul”; azonban itt a 3. kezdés nem értelmezhető másként, mint úgy, hogy az a második kezdést kiegészíti. Ezen magyarázat indokolt, mert: 1. a 46. §. 2. kezd. a magánokirat alakjáról egyáltalán nem intézkedik (eltérőleg a ptrts 166. §-ától) és emellett teljes bizonyító erőt tulajdonít a magánokiratnak (ismét eltérőleg a ptrts 166. §-ától), azt pedig lehetetlen feltenni, hogy a törvény a bármilyen alakú, tehát pl. az alá nem írott okiratot is mindig egymagában teljes bizonyító erővel akarja felruházni; 2. az ellenfél tagadásával szemben a tartalmat nem bizonyító okirat nem bizonyíthat teljesen; 3. a 46. §. 4-ik bekezdése az írni és olvasni nem tudók által kiállított okiratok kellékeit a ptrts 168. §-ával megegyezően szabályozván, itt a tartalom tagadása esetébeni bizonyító erőt, a teljes bizonyító erővel határozza meg; 4. ehhez járul, hogy a bagatell-törv. 51. §. eskü, illetőleg póteskü által való bizonyításnak ad helyt: a) „ha valamely ténykörülmeny nem teljes bizonyító erejű okmány . . . által igazoltatik”, mely nem teljes bizonyító erejű okmány alatt jómódjával nem lehet egyedül a 46. §-ban fél bizonyító erővel felruházott kereskedelmi könyvet érteni, sem pedig a valódiságra nézve nem teljesen bizonyított okiratot, mert hisz a valódiságnak eskü általi bizonyításáról az 51. §. c) pontja intézkedik. Mindenesetre sajtószzerű, hogy a bagatell-törvény



1. hogy a 167. és 168. §§-nak megfelelően kiállított okiratok teljes bizonyító erejűek;<sup>21)</sup>

2. hogy a 167. és 168. §§. sem egészben, sem részben nem vonatkoznak egyedül az adóslevelekre, hanem általában állapítják meg a teljes bizonyító erejű magánokiratok kellékeit;

3. hogy a 167. és 168. §§-nak meg nem felelő magánokiratokra oly törvényes bizonyítási szabály, amely szerint azok teljes bizonyító erővel bírnának, a ptrtsba és nevezetesen a ptrts 166. §-ába bele nem interpretálható.<sup>22)</sup>

A ptrts 166—169. §-ainak minden értelmezése, mely ezen tételekkel ellenkezik, törvénsértő.

A 166. §. pozitív értelmére mindezekből csak annyit lehet következtetni, hogy bármilyen alakban — azaz a 167. és 168. §§-nak meg nem felelő alakban is — kiállított magánokiratok szintén bírnak bizonyító erővel. Mert ha a törvény a teljes bizonyító erejű magánokiratokat, mint a magánokiratok egy különös nemét, illetőleg a teljes bizonyító erőt, mint a magánokiratok bizonyító erejét

a ptrts 167. §-ának „tartalmát tagadja“ kitételét, magyarázat nélkül átvette. Mellesleg Zlinszky is, A kisebb polg. peres ügyekben való eljárás rendszere című könyvében egyszerűen ismétli e homályos kitétel, illetőleg a bagatell-törvény 46. §-át (129. l.) és csupán jegyzetben idézi hozzá, a legfőbb ítélőszéknek 1872. évi 8684. sz. ítéletéből a döntvénytár VIII. f. 185. sz. a. készített helytelen kivonatot (l. a jelen értekezést, fenn III. végén).

<sup>21)</sup> Így helyesen, Apáthy, Polg. törvk. rendts. I. kiadás, 152. l., 5. j. A teljes bizonyító erejű okiratok kellékeit látja a ptrts 167. §-ában Zlinszky is meghatározva, Bizonyítás elmélete, 403. l. A teljes bizonyító erő Zlinszky szerint abban áll, hogy a tartalom valósága mellett vélelem harcol (u. o.).

<sup>22)</sup> Talán felesleges is megemlíteni, hogy a 167. és 168. §§. kellékein tulmenő formalitásokkal ellátott magánokirat is teljes bizonyító erővel bír. Ide tartozik nevezetesen a magánokirat, melyen a kiállító aláírása bíróilag vagy közjegyzőileg hitelesítve van. Sőt ezen magánokiratoknak a liquid bizonyításnál még nagyobb erő tulajdoníthatik, mint a ptrts 167. és 168. §§-ai szerint kiállított magánokiratoknak, így a ptrts 553. §-a és a végrehajtási törv. 13. §-ában; v. ö. a nov. 13. §-át is. Nem ellenkezik továbbá a szövegben mondottakkal, hogy különös törvények a teljes bizonyító erőt kevesebb formalitásokhoz kötik, így a ker. törv. 313. §-a, az 1871. XXXIV. t.-c. 8. és 9. §§-ai. Ide tartozik a váltó teljes bizonyító ereje is a váltónyilatkozat tekintetében.



nek egy különös nemét említi fel, akkor feltehetjük, hogy ezek mellett más és pedig bizonyító erejű, a bizonyító erő egy más nemével felruházott magánokiratokat is ismer.<sup>23)</sup>

Ezen következtetéssel azonban nem sokat nyertünk. Egyrésztől mert ennyit már a 166. §. szavaiból is tudunk, másrésztől pedig, mert azt, hogy minő bizonyító erővel bírjanak tehát a bármilyen alakban kiállított magánokiratok, még mindig nem tudjuk.

Ugy látszik ugyan, hogy a teljes bizonyító erejű okiratokkal a nem teljes vagy pláne fél bizonyító erejű okiratokat kell ellentétbe helyezni, azonban a törvény által megállapított teljes bizonyító erővel, a bíró által szabadon megállapítható bizonyító erő, azaz a legalis bizonyítási szabállyal a szabad mérlegelés, az abszolút szabályozással a dispositiv is szembe állítható.<sup>24)</sup>

Azon kérdés támad továbbá, hogy hogyan lehetséges az, hogy valamely okirat — mely pedig tartalmát tudvalevőleg mindig szemlélhetővé teszi — nem teljes bizonyítékot létesíthessen? Ha pedig az okirat mindig teljes bizonyítékot létesít, akkor mire való az egész megkülönböztetés? Továbbá, hogy a 166. §. a bíró szabad mérlegelésére bizza a bizonyító erőt, kérjük, hogy milyen irányokban kell e mérlegelésnek mozogni és viszont a 167. és 168. §§. mily irányban kötik meg a bírót, mily irányban bizonyítanak a 167. és 168. §§. okiratai teljesen, azaz mi az a tartalom tagadása esetében való bizonyítás?

És most szabadjon nekem is egy kissé theoretizálni.

<sup>23</sup> Támogatja ezen feltevést, hogy a ptrts, valamint a novella is a teljes bizonyító erejű magánokirat mellett, még egyszerűen okiratról, illetőleg okirati bizonyításról is emlékezik. Így a ptrts 374. §-a, („ha a marasztalt fél oly okiratnak van birtokában, mely által bebizonyíthatja”), és a nov. 13. §-ának 2. i. pontja („írásbeli szerződésben köteleztetett”).

<sup>24</sup> Apáthy szerint, az i. h. 152. l., 4. j. a törvény a 166. §-ban „az okiratnak egyedül bizonyító erejéről rendelkezik általában, anélkül, hogy annak fokát állapítaná meg, mely az eset vagy ügy minőségéhez képest különféle feltételekhez lehet kötve”.



## VI.

## Elméleti fejtegetések.

Az okiratok a bizonyítási eszközök egyik nemének, a szemletárgyaknak képezik faját. Szemletárgy lehet minden dolog, amelyből, illetőleg amelynek minőségéből a bíró következtetést vonhat. Sőt személy is lehet szemletárgy, amennyiben nem arról van szó, hogy az valamely vitás ténykörülményre vonatkozó észlelését vagy következtetését közölje a bíróval, azaz amennyiben nem mint tanu vagy szakértő hallgattatik ki. Így szemletárgy a fél, akinek lelki állapota, munkaképtelensége, elcsufítása megvizsgálatik.

A szemletárgyak emberi gondolat kifejezéseket is megtestesíthetnek és ekkor okmányoknak vagy okiratoknak tágabb értelemben is szokás azokat nevezni. Ily okmányok pl. a határkövek, határjelek, térképek, rovások stb.<sup>25)</sup> Ha pedig e gondolat kifejezések írásjegyekkel történnének, akkor okiratokról vagy okiratokról szűkebb értelemben szólunk.

A határ a tulajdonképeni okiratok és az előbb említett okmányok között ezek szerint csak formális, ép oly formalis, mint az írásjegyek és más, emberi gondolat megtestesítésére alkalmas jelek között. E formalis határt az életben nem is szokás mindig élesen megvonni. Már a számjegyek nem az egyes hangokat fejezik ki, melyekből a szavakat alkotjuk és a gondolatot felismerjük, hanem közvetlenül a gondolatot (bármely nyelven). Ugyanez áll a rövidítésekről, pl. a font, kiló, méter, négyszög, köb stb. rövidítéseiről. És mégis az oly okmányokat, melyek tulnyomóan számjegyeket és rövidítéseket tüntetnek fel, minden scrupulus nélkül okiratoknak tekintjük és azokkal mint okiratokkal bánunk el. A római számjegyek és a hieroglyphék már átmenetet képeznek a rajzhoz, illetőleg a rajztól az íráshoz. És ha még egy lépéssel tovább me-

<sup>25)</sup> Ezek ismeretes dolgok. Az okirathamisításról szóló fejezetben tárgyalja a magyar büntetőtörvény 407. §-a is a határjelhamisítás véttségét.



gyünk, maga a rajz is, gyakran nem tökéletesebb és egyszerűbb kifejezése-e a gondolatnak, mint az írás és nem használjuk-e a rajzot gyakran az írás mellett felvilágosításul, személyleírás helyett arcképet, föld-, ház-, helyiségleírás helyet vázlatrajzot. A térkép lehet köz- vagy magánokmány. Az továbbá ép úgy, mint a tulajdonképeni okirat tartalmazhat dispositiót, tanuságot vagy beismerést. Az osztályos felek a tér rajzon keresztül huzott vonallal világosan kifejezhetik, hogy hogyan akarnak osztzkodni.

De fordítva sem vonjuk meg élesen a határt. A tulajdonos nevével megbélyegzett marhát, a megjelölt fehérneműt, a hitelesített hordót stb. senki sem fogja okiratnak tekinteni. Igaz ugyan, hogy itt az írás a dologgal együtt bizonyít, de azért kétségtelen, hogy az írás is bizonyít.<sup>26)</sup>

Nem szükséges tovább folytatnunk. Világos, hogy az okiratok a szemletárgyaktól csak alárendeltebb, faji különbségek által válnak el.

Az okiratok ezen hovatarozóságán már most igen nagy súly fekszik. Aki ezt szem előtt tartja, egy pillanatig sem fog megütközni azon, hogy az okirat, bármilyen alakban legyen is kiállítva, bizonyithasson. Ha a rovás, a határkö, a letarolt mező, a földön látható lábnyomok, a vérfoltok stb. bizonyithatnak, akkor elképzelhetetlen, hogy az írás csak akkor bizonyithasson, ha az okirat bizonyos alakban van kiállítva.<sup>27)</sup> Ha a bírő a ptrts 155. §-ának azon engedélye alapján, hogy teljesen bebizonyított té-

<sup>26)</sup> Minden okirat, mint szemletárgy szerepel, midőn nem a gondolatki fejezés bizonyításáról, hanem az írás vagy aláírás összehasonlításáról, a papiros vagy ténia minőségéről és ebből a kiállítás idejére vagy helyére való következtetésről van szó. Ide tartozik az is, midőn a kereskedelmi könyv a szabályszerű vezetés tekintetéből meg szemléltetik. Általában más szerepe van az okiratnak, midőn a gondolatki fejezést bizonyítja és más, midőn abból, illetőleg annak alakjából egyéb körülményekre vonunk következtetést. Az okirati bizonyítás ezen utóbbi irányban már nem speciális okirati bizonyítás.

<sup>27)</sup> Hogy miért ne bizonyithassanak a felek által eszközölt és kölcsönösen kicserélt — alá nem írott — feljegyzések, legalább is ép úgy, mint a rovás, ez elképzelhetetlen.



nyekből okszerű következtetést vonhat, továbbá a ptrts IV. c. 5. fejezetének a szemle bizonyító erejéről való hallgatása, valamint a szakértői szemlére vonatkozó 217. §-nak analógiája alapján a szemletárgy bizonyító erejét szabadon mérlegelheti és ennél fogva nevezetesen a gondolkifejezés bármilyen jelének bizonyító erőt tulajdoníthat, akkor valóban fel nem tehető, hogy a gondolkifejezés egyik legtökéletesebb és általában elfogadott értelmi jelétől, az írástól meg kelljen tagadnia a bizonyító erőt, mihelyt az nem egy szorosan körvonalzott alakban jelentkezik. Hisz ha a ptrts 166. §-ban nem mondaná ki, hogy a magánokirat bármilyen alakban kiállítva bizonyít, az élet ellenállhatatlanul kényszerítene, hogy e tételt a törvénybe beleinterpretáljuk, ha másként nem, azon a kerülő uton, hogy a bármilyen alaku okiratokat az okiratok közül kiküszöbölve a szemletárgyak közé sorozzuk.

Az okiratban, mint minden szemletárgyban a bizonyítási okot annak bizonyos minősége képezi. Ebből következtet a bíró.<sup>28)</sup> Az okiratoknál ezen minőség mindekelőtt abban áll, hogy azon bizonyos írásjegyek szemlélhetők. Ezen írásjegyeknek általában elfogadott értelménél fogva, azokból fennáll a következtetés bizonyos gondolkifejezésre. Az okirat tehát legközelebb a gondolat-

<sup>28)</sup> E pár szó adja meg a helyes kiindulási pontot az okirati bizonyítás megérthetéséhez és biztosítja az okiratok — úgy mint a szemletárgyak részére is, — a bizonyítási eszköz jellegét. Ezen pontot nem szokás kiemelni. Rendszerint az okirat bizonyító erejét a tartalom bizonyító erejével azonosítják. Ezen álláspontból csak consequens azok eljárása, kik az okiratokat a bizonyítási eszközök vagy okok sorából kizárják. Így Bayer, Vorträge X. kiad., 242. §. szerint: „Urkunden sind eigentlich kein Beweisgrund, sondern nur eine besondere Ausdrucksform eines Beweisgrundes, z. B. Geständnisses, Zeugnisses, Gutachtens, oder die in bleibender Form fixirte Manifestation eines Willensactes“. És ugyanezen eredményre kell Wetzell-nek is System III. kiad. jutni, midőn a 187. l. a bizonyítási eszköz lényegét abban látja, hogy a — bírótól különböző személy — a vitás ténykörülmenyt észlelte legyen és észlelését a bíróval közölje. És Wetzell csakugyan az okiratot a rendelkezés vagy beismerés formájának — nem pedig bizonyítékának nevezi, u. o. 222. és 223. l. Az okiratokat általában nem tekinti bizonyítékoknak Apáthy sem, az i. h. 148., azok szerinte ilyenekké csak tartalmoknál fogva válnak.



kifejezést, annak miségét, tartalmát bizonyítja. És e következtetés rendszerint biztos. Az okirat tehát ez irányban, általán szólva, mindig teljesen bizonyít. Bizonyít akkor is, ha a kifejezés homályos, csak hogy ekkor e homályos kifejezést, de ezt teljesen bizonyítja, hasonlólag mint két tanu a homályos szóbeli gondolatkifejezést. A homályt felderíteni, a kifejezés megett rejlő gondolatot megállapítani egy további művelet, az értelmezés feladata. Nem fogja azonban az okirat a gondolatkifejezést sem, vagy legalább nem teljesen bizonyítani, ha az okirat vagy annak egy része el nem olvasható, akár a rossz írás, akár törlés, vakarás, elkorhadás, elkopás, megfakulás stb. folytán. Ilyenkor az okiraton látható jegyekből a gondolatkifejezésre vagy egyáltalán nem, vagy csak többkevesebb valószínűséggel lehet következtetést vonni, így pl. régi okiratoknál, feliratoknál vagy midőn a hamisított okiratnak a hamisítás előtti tartalmáról van szó.<sup>29)</sup>

A most jelzett irányban az okirat bizonyító ereje független annak tartalmától és az olvashatóságot feltéve, annak alakjától is. Az iskolásgyermek írásgyakorlata ezen irányban ép úgy bizonyít, mint a közjegyzői okirat.

A gondolatkifejezés miségének bizonyítása képezi az okirati bizonyításnak lényegét.<sup>30)</sup> Az okiratok, amint ismeretes, ép ezáltal válnak ki a többi bizonyítási eszközök közül, hogy tartalmukat hosszú idő eltelte után is hiven tüntetik fel. Azonban a perben csak ritkán lesz egyedül arról szó, hogy miben állott valamely gondolatkifejezés, hanem az ügy eldöntése közvetlenül vagy közvetve attól fog függeni, hogy egy bizonyos személy kötelező akaratnyilvánítást, komoly beismerést vagy tanuságot tett-e, szóval, hogy az okirat egy meghatározott, jogilag relevans nyilatkozatot tartalmaz-e, egy oly nyilatkozatot, melyet va-

<sup>29)</sup> Pl. a váltótörv. 82. és 83. §§. eseteiben.

<sup>30)</sup> Egy üres papírlap, melyre valaki aláírását helyezte, nem lesz okiratnak tekinthető, szintűgy elveszti az okirati jelentőséget az az okirat, amelynek tartalma olvashatatlaná vált. Az aláírás és a papírlap még szolgálhat ugyan egyéb bizonyítási okok, nevezetesen tanuvallomás kapcsában bizonyítási okul, de nem mint okirat, hanem mint szemletárgy, l. fent 26. j.



laki mint magára vagy másokra nézve irányadót fejezett ki.<sup>31)</sup> Ezen irányban már most magukból az írásjegyekből még akkor sem lehet következtetést vonni, ha kétségtelen, hogy azok kitől erednek, sőt még akkor sem, ha kétségtelen, hogy az írás kinek gondolatát testesíti meg. Irti ugyanis különféle szándékkal lehet és az írás különféle jelentőséggel bírhat. Így az irat lehet írásgyakorlat, példa, másolat, fogalmazvány maga az író vagy más részére, tervezet bizonyos eshetőségeire vagy bővebb megfontolásra előre elkészített nyilatkozat, elhibázott tisztázatot, stb.

Azon kérdés, hogy az okirat minő szándékkal állíttatott ki, általában ténykérdés. Körülmények, melyekből a szándékra következtetni lehet, pl. az okirat átadása, esetleg a szándékot kifejező szavak kíséretében, az elküldés, feladás, kinyomatás stb. Nem jelentéktelen továbbá az okirat tartalma sem, nevezetesen az okiratnak egyéb, a relevans nyilatkozattól különböző tartalma. Így kétségtelen, hogy nagy különbség lehet a között, ha egy alá nem írott pénzfelvételi elismerés egy külön papirdarabra vagy pedig egy a kiadásokat és bevételeket pontosan feltüntető jegyzékbe van vezetve. Ide tartozik a hitelező által a kötelezvényre vezetett kamat- vagy részfizetési elismerés is. Ezen esetekben egyébiránt már az okirat alakja is szerepel, mint oly bizonyítási ok, melyből a kiállítási szándékra következtetni lehet. És az alaknak általában nagy jelentősége van e kérdésben. Bizonyos alak pl. határozottan másolatra vagy fogalmazványra mutat. Más alak csak komoly, irányadó nyilatkozatoknál szokásos. Az alaknak a kiállítási szándékra és így az okirat bizonyító erejére való befolyása világosan mutatkozik a közokiratnál, melynél egyenesen a nyilatkozatnak a hivatalos, illetőleg közhitelességi körben való kiállítása, azaz a közokirati minőség függ az alaktól. Különösen előtérbe lép továbbá az alak jelentősége a kereskedelmi könyveknél is.

<sup>31)</sup> Az olyan okiratokat, melyek bizonyítás céljából állíttatnak ki, némelyek szorosabb, vagy legszorosabb értelemben vett okiratoknak is nevezik.



Tekintettel ama nagy fontosságra, mellyel az okirati bizonyítás és ennél ismét a kiállítás szándékának kérdése bir, könnyen megérthető, hogy az élet gondoskodott oly módról, mely az okirat tartalmának magáévá tételét, kötelező kijelentését általában felismerhetővé és pedig magán az okiraton felismerhetővé tegye és megőrkítse, és így az írás bizonyító erejét kiegészítse, teljességre emelje. E célra szolgál ma az aláírás, régebben a pecsét vagy monogramm, majd az aláírás és pecsét. E jelek nemcsak a passiv legitimatiót állítják helyre, azaz nemcsak azt teszik felismerhetővé, hogy az okirat egy bizonyos személytől származik, hanem a tartalom magáévá tételének jeléül is szolgálnak és így az okiratnak még további erőt is kölcsönöznek, azt megerősítik, hitelesítik, ami az aláírás felett az okiratban még mai nap is világosan ki szokott fejeztetni. Ezért a pecsét vagy az aláírás a passiv legitimatio egyéb uton való helyreállítása által egymagában koránt sem pótolható.

A közönséges életben mai nap általában az aláírás tekintetik az okirat perfectiója jelének, amely szokást a jog törvényes bizonyítási szabállyá emelheti, és pedig vagy positive akként, hogy kimondja, miszerint az aláírásból a tartalom elfogadására kell következtetni<sup>32)</sup> vagy negative is akként, hogy csak az aláírást, illetőleg az írni nem tudók részéről annak pótlékát ismeri el a tartalom elfogadása jelének.<sup>33)</sup>

Lehetséges azonban, hogy a jog az okirat perfectiójához még további alakszerűségeket is kíván meg<sup>34)</sup> vagy általában vagy legalább az okiratok bizonyos neménél, nevezetesen az adóslevélnél és ismét vagy positive vagy egyszersmind negative is. Ily szabályozásnak különféle indoka lehet. Általában mentül több formassággal állítatik ki valamely okirat, annál inkább feltehető, hogy kiállítója

<sup>32)</sup> Így a magyar ker. törv. 313. §-a és a német bir. perrendt. 381. §-a.

<sup>33)</sup> Osztr. id. ptrts 117. és 118. §§.

<sup>34)</sup> E részben adatok találhatók egyebek közt Zlinszky-nél, Bizonyítás elmélete, 404. és 405. l. Különösen érdekes, hogy némely jogok az elfogadási szándék egyenes kijelentését kívánják meg.



komoly megfontolt nyilatkozatot tett. Bizonyos formaságok, így a tanuk előtti aláírás vagy pláne az aláírás hitelesítése biztosítják az aláírás valódiságának bizonyítását, és az, ki oly módon eszközli aláírását, hogy annak valódiságára nézve ellenfelének egyszersmind bizonyítékot is szolgáltatson, kétségkívül maga is jelentőséget tulajdonít aláírásának. A valódiság bizonyításának biztosítása továbbá a törvényhozó szempontjából az okirati bizonyítás egyszerűsítése érdekében már magában véve kívánatos. Némely formaságok továbbá, mint a sajátkezű írás és aláírás vagy a tanuk előttemezése kizárják vagy legalább megnehezítik, hogy az okirat szövege csak utólag irassék az aláírás fölé, illetőleg megkönnyítik ezen kérdésben a bizonyítást. Ehhez járulnak a történelmi előzmények. Így a pecsét mellett az írás elterjedésével divatba jött az aláírás, a szokás azonban sokáig, sőt néhol ma is fenntartotta az aláírás mellett a pecsétet is.

## VII.

### Megoldás.

Elméleti fejtegetéseink mintegy kezünkbe adják ptrlsunk homályos §§-nak értelmét.

A ptrls 166. §§-ának azon kifejezése: „magánokirat bármilyen alakban van kiállítva, mindig bizonyít”, szó szerint véve is helyes értelemmel bír. A magánokirat, bármilyen alakban is bizonyítja a gondolat kifejezés miségét és ezt — az olvashatóság hiányaitól eltekintve — mondhatjuk mindig és teljesen bizonyítja.

Ezen értelmezést a 167. és 168. §§-nak mindjárt kifejtendő értelme is támogatja. Ha a tartalom tagadása esetében való bizonyításnak ott adott értelmezése megáll, akkor a bármilyen alakban kiállított okirat, a valódiságtól eltekintve, feltétlenül nem bizonyíthat mást, mint a gondolat kifejezés miségét.

Igaz ugyan, hogy a 166. §. azon további kitétele: „a kiállító ellen” nem áll a legszebb összhangban ezen értelmezéssel, mert a magánokirat a most jelzett irányban



mindenki ellen egyformán bizonyít. Azonban, amint fentebb láttuk, a törvény ezen kitétele, illetőleg az azzal ismételt szokásos tantétel egyáltalán nem vehető szó szerinti értelemben. Ahol pedig — t. i. midőn az okirat tanusítást tartalmaz — elmondhatjuk, hogy a magánokirat a perben relevans bizonyítást tartva szem előtt, — rendszerint — csak a kiállító ellen bizonyít, ott a gondolat kifejezés miségének bizonyítása is csak a kiállítóval szemben bir jelentőséggel. A hiba azon tétel általános kimondásában rejlik, hogy a magánokirat a kiállító ellen bizonyít. E tételnek a 166. §-ba foglalása legfeljebb egy kis inelegentia, amilyen ptrtsunkban lépten-nyomon előfordul és teljesen meg lehetünk elégedve, ha ptrtsunknak ezen érthetetlennek és ellentmondónak látszó és ilyennek hirdetett §-aiban ennél egyebet nem vagyunk kénytelen constatálni.

Azon irányban, hogy az okirat alakjából minő következtetés vonható a tartalom magáévá tételére, a relevans nyilatkozásra, a 166. §, nem tartalmaz bizonyítási szabályt. A „bármilyen alakban“ kiállított okira ily szabályt általában felállítani ésszerűen nem is lehet. Kényszerítő okok nélkül azonban azt sem volna ésszerű feltenni, hogy a törvény a bírót az alak e részbeni bizonyító erejének szabad mérlegelésétől el akarta volna tiltani. Ily kényszerítő okokat azonban a törvény szövege nem foglal magában, sőt a 169. §. felvételéből azt kell következtetni, hogy a törvény a 166. §-ban nyitva hagyta, illetőleg a bíró belátására bízta azon kérdés eldöntését, hogy az alakból vonható-e következtetés és ha igen, minő erejű következtetés a kiállítási szándékra.<sup>35)</sup> A 169. §. ugyanis a 167. és 168. §§. mellett csak akkor nem

<sup>35)</sup> A bíró tehát az általános szokásnak megfelelően a ptrts értelmében is kimondhatja, hogy a puszta aláírás — eltekintve az adóslevelektől — az okirat elfogadása jelének tekintetik és az okiratot — kivéven ott, hol a törvény kifejezetten teljes bizonyító erejű magánokiratot kíván meg — teljes bizonyító erővel ruházza fel. A Curia teljes ülésének értelmezése ezek szerint, az esetek többségét tekintve, belefér a jelen értelmezés keretébe, de a jelen értelmezés persze nem fér a Curia értelmezésébe.



tekinthető feleslegesnek, ha az nemcsak a 167. és 168. §-at alkalmazza, hanem negálja is a 166. §. alkalmazhatóságát az abban kijelölt kérdésekben.

A 167. §., melyet a 168. §. kiegészít, legalis és pedig positiv bizonyítási szabályt tartalmaz a kiállítási szándék tekintetében. Előírja, hogy a bíró, ha az okirat bizonyos alakban lett kiállítva, bebizonyítottanak tartozik tekinteni, hogy a kiállító az okirat tartalmát magáévá tette, azt mint kifelé irányadó nyilatkozatát fejezte ki. Az ily okirat tartalmát, az abban foglalt — relevans — nyilatkozatot, a kötelező akaratnyilvánítást, komoly bíróságon kívüli beismerést és még tovább menve azon relevans tény, melyről az okirat szól, egymagában bizonyítja. Az ily okirat tehát legalisan teljesen bizonyít. Teljesen, ugy a bizonyítás irányát, mint erejét tekintve.

Ezen értelmezés nemcsak a legszebb összhangban áll a törvényes értelmezéssel, amely szerint az ily okirattal teljes bizonyító erővel bírnak, hanem összeegyeztethető a törvény szavaival is, nevezetesen a 167. §-nak „tartalmát tagadja“ kitételével.

Az okirat tartalma alatt általában többfélét lehet és szokás érteni. Nevezetesen értjük alatta mindenekelőtt a gondolat kifejezés megtestesítését, a szöveget, gyakran, bár nem mindig, ellentétben az aláírással és a telirattal. Ezen közvetlen, reális vagy alaki értelemben vesszük a tartalom szót, midőn azt mondjuk, hogy az okirat egész tartalmát lemásoljuk, vagy hogy az okirat tartalmát nem tudjuk elolvasni, kibetűzni. Értjük továbbá az okirat tartalma alatt, a most jelzett értelemben vett tartalomnak tartalmát, azt, amit a szöveg kifejez, tartalmaz, tehát a nyilatkozatot értelme szerint és pedig vagy egyszerűen vagy pedig annak egyéb, nevezetesen jogi jelentősége szerint is. Így mondjuk, hogy az okirat tartalmát értjük vagy nem értjük, hogy az okirat tartalma más szavakkal ez és ez, hogy az okirat beismerést, rendelkezést, tanusítást tartalmaz. Végre még egy lépéssel tovább menve, a nyilatkozatot annak tárgyával helyettesítjük és értjük a tartalom alatt a tény, amelyre a nyilatkozat, nevezetesen a beismerés vagy tanusítás vonatkozik. A rendelkező okiratoknál a tartalom ezen



értelme összeesik az előbbi értelemmel.<sup>36)</sup> Így mondjuk, hogy az okirat adásvevési szerződést, nyugtátványt tartalmaz, pénzfelvételről szól.

A 167. §. szavai már most megfelelnek e §. kifejtett értelmének, ha a tartalom alatt a nyilatkozatot értjük teljes relevanciájában, úgy amint az a vitás tényállítás bebizonyításához szükséges, a nyilatkozatot nevezetesen annak komoly, irányadó kijelentése szempontjából is. De megfelelnek a szavak és illetőleg kimagyarázhatjuk belőlük az előadott értelmet akkor is, ha a törvény itt a bizonyítás végeredménye szempontjából és nem distingválva nevezetesen — amint ez különben is gyakran előfordul — a bíróságon kívüli beismerés és a beismert tény között.<sup>37)</sup> az okirat tartalma alatt a tényt érti, amelyről az okirat szól. És a 167. §. a tartalom alatt valóban ezt érti. Kitűnik ez a 169. §-ból. Kétségtelen ugyanis, hogy a 169. §. a 167. és 168. §§-nak, ha nem is kizárólagos, de mindenesetre egyik alkalmazását is képezi. A 169. §-ban pedig a törvény a „tartalom” szót a kölcsön leszámlálásával és a kötelezettség fennállásával adja vissza, illetőleg fejti ki. A törvény itt a kölcsön leszámlálását és a kötelezettség fennállását, helyesebben a kötelezettség megalapítását, a kötelező ígéretet a felvett összeg és esetleg a kamatok fizetése tárgyában<sup>38)</sup> tekinti az adóslevél azon

<sup>36)</sup> Még tovább menve, a rendelkező okiratoknál a kötelező akaratnyilvánítás helyett a tartalom alatt érthetjük annak eredményét, azaz a kötelezettséget, így a ptrts 169. §-a is, l. a köv. jegyzetet. A beismérést tartalmazó okiratoknál a tényt, a rendelkező okiratoknál pedig a kötelezettséget, annak fennállását érti a tartalom alatt Zlinszky is, Biz. elm. 399. és 400. II.

<sup>37)</sup> Distingvál e részben a ptrts miniszteri javaslata, azzal indokolván a 115. §. azon rendelkezését, hogy a szabályszerű adóslevél ellen a kölcsön le nem olvasását az adós tartozik bebizonyítani, hogy „a kötvény aláírása bíróságonkívüli beismerését jelzi mindazoknak, mik a kötvényben foglaltatnak.” Ezen indokolás azonban ép azt bizonyítja, hogy a szöveg nem distingvál, mert hisz az indokolás ép a szövegben hiányzó megkülönböztetéssel okadatol. „Amik a kötvényben foglaltatnak” kitétel egyébiránt illusztrálja azt, hogy a törvény szerkesztése idejében az okirat tartalmának a szövegben előadott értelme divatos volt.

<sup>38)</sup> Ha a kötelezettség fenn nem állása alatt annak megszűntét



tartalmának, melyet az a perbefogott tagadásával szemben csak úgy bizonyít, illetőleg melyre nézve a tagadó ellenfelet csak úgy kényszeríti az ellenbizonyításra, ha az a 167. és 168. §§-nak megfelelően van kiállítva. Az okirat tartalmának ily felfogására mutat továbbá a 165. §. is, amely szerint a közokiratok „tényekről adatnak ki“.

Igaz ugyan, hogy a tartalom és nevezetesen az okirat tartalma pírtsunkban ép úgy, mint a közönséges és jogi nyelvben is, más értelemben is használtatik. De ezen körülmény, különösen miután kimutatható, hogy a pírtsunkban az okirat tartalma különben is ingadozó fogalom, csak azt bizonyítja, hogy a „tartalom“ pírtsunkban nem megállapodott technikus terminus és arra utal, hogy ezen kitévelt mindenkor külön kell értelmeznünk.<sup>39)</sup>

A tartalom szót pírtsunk az okiratokról szóló fejezetben még kétszer használja, t. i. a 168. §-ban és a 188. §-ban. Az előbbiben a törvény megkivánja, hogy ha a kiállító se írni, se olvasni nem tud vagy az okirat nyelvét nem érti, „a jelenlevő tanúk az okirat tartalmát mind maguk ismerjék, mind a kiállítónak az általa értett nyelven megmagyarázzák.“ Itt ugyanazon egy tartalom szónak kétféle vonatkozásban kétféle értelmet vagyunk kénytelenek tulajdonítani. Midőn ugyanis arról van szó, hogy a tanúk ismerjék az okirat tartalmát, a tartalom alatt ez okiratban foglalt nyilatkozatot értelem szerint kell értenünk, mert lehetetlen, hogy a törvény megelégedjék azzal, hogy a tanúk az okirat szövegét csak alakilag ismerjék; hisz akkor ezt meg sem tudnák magyarázni. Ellenben midőn arról van szó, hogy a tanúk az okirat tartalmát a kiállítónak megmagyarázzák, a tartalom alaki értelemben veendő. A tanúk azt magyarázzák meg, hogy mit jelent a

akarjuk érteni, akkor a §. képtelenséget tartalmaz, miután ezt úgy is perbefogottnak kell bizonyítani. A kötelezettség fennállásának a szövegben adott értelmezése mellett azonban a §-nak egész jó értelmezése van. Az ily értelemben óvszerűl szolgál az ellen, hogy a kiállítóval engedmény, nyugtatvány stb. helyett kölcsönkötelezvényt ne lehessen aláírni.

<sup>39)</sup> Különböző értelemben áll a tartalom szó a ker. törv. 34. és 35. §§-ban is.



szöveg, vagyis az, ami az okiraton szemléllhető, az, amit a kiállító elolvasni nem tud, illetőleg aminek a nyelvét nem érti. A tanuknak a szöveg értelmét el kell mondani, de nem a szöveg értelmét megmagyarázni, értelmezni. A 188. §. a közös okiratról szólván, az mondja: „Ha — t. i. az ellenfél — se az okiratot nem közölné, se ezen esküt le nem tenné, az okiratnak a követelő fél által állított tartalma bebizonyítotttnak tekintendő.” Ezen §-ban ismét nem lehet a tartalom alatt sem alakilag a szöveget érteni, mert ezt a követelő fél nem tartozik és igen gyakran nem is terjesztheti elő, sem egyszerűen az okirat szövegének értelmét, mert ez az okirat előterjesztését nem pótolná, az okirati bizonyítás lehetségesítésével nem volna mindig egyenértékű, hanem értenünk kell azt, ami az okiratban bizonyít, azaz az abban foglalt nyilatkozatot, egész relevanciájában, vagyis végeredményben a tényt, amelyet a követelő fél az okirattal bizonyítani akart. Tisztán alaki értelemben használja továbbá még a p[er]ts a 228. és 243. §§-ban a tartalom szót az esküre vonatkozólag, a következő kitételekben: „az eskü tartalma az ítéletben . . . szószerint kifejezendő”; és „a bíróság az eskütételről jegyzőkönyvet visz, abban a letett eskü tartalmát szóról-szóra beiktatja.” Az okirat tartalmára vonatkozik végül még a 181. §. következő kitétele: ha az okirat „különféle tárgyakat tartalmaz, legalább a per tárgyára vonatkozó tételek másolata terjesztessék elő.” Itt egyrészt az mondatik, hogy az okirat tárgyakat tartalmaz, azaz az okirat tartalma a tárgy, a tény, melyre az okirat vonatkozik, másrésztől feltételeztetik, hogy az okirat tételket tartalmaz, azaz az okirat tartalma az alaki értelemben is vétetik.

A 167. és 168. §§-nak itt kifejtett értelmét továbbá bizonyítja az ezen §§-ban előírt kellékeknek célja is.

Mindenekelőtt világos, hogy a 168. §. formáságai, nevezetesen a tartalom megmagyarázásának kelléke a tartalom elfogadását akarja biztosítani. Az okirat sajátkezü írása és aláírása szintén garanciáját képezi annak, hogy a kiállító a tartalmat és pedig ezen tartalmat, az abban foglalt nyilatkozatot elfogadta, azt ismerve, komolyan, meg-



fontolással tette. Ami végül a tanuk előttemezését illeti, erre nézve már fentebb megjegyeztük, hogy az, ki tanuk előtt írja alá nevét, illetőleg helyezi arra az aláírást pótló kézjegyet és így ellenfelének az aláírás valódiságára nézve bizonyítékot szolgáltat, aláírását komolyan veszi, annak jelentőséget akar tulajdonítani.

A 167. és 168. §§. kellékei tehát mind a tartalom elfogadásának kellékei és így hatályuk is csak a tartalom elfogadásában rejlik.

Helyén van itt a 167. és 168. §§-nak még egy értelmezési kísérletéről<sup>40)</sup> megemlékezni. E szerint a tartalom a 167. §-ban a szöveget, a tartalom tagadása pedig a szöveg kifogásolását, a szöveg meghamisítottságának állítását jelentené, más szavakkal ezen nézet szerint a 167. és 168. §§. szerint kiállított magánokiratok mellett a hamisítatlanság vélelme<sup>41)</sup> harcolna. E nézet mellett felhozható volna az, hogy a 168. §. azon kelléke, hogy az okirat tartalmát a tanuk ismerjék, a meghamisítás ellen óvszerűl szolgál. Szintén megnehezíti a meghamisítást az okiratnak sajátkezű írása. Azonban ez ellen felhozható, hogy 1. a 167. §-ban megkívánt tanuelőttemezésnél a hamisítatlanság biztosításának szempontja nyilván nem forog tenn. A tanuknak ugyanis itt az okirat tartalmát nem kell ismerniök. Ez kitűnik a 168. §. ellentétéből is. A tanuk itt csak az aláírásnak és nem a tartalomnak bizonyító eszközei. Az okirat teljesen fog akkor is bizonyítani, ha a tanuk a perben kihallgattatván, az okirat tartalmára nézve a legkevesebb felvilágosítást sem tudnak adni, sőt egyenesen azt vallják, hogy az okirat tartalmát nem ismerték. Elég, ha azt tanusítják, hogy az okiraton látható tanualáírás tőlük származik és hogy a kiállító előttük írta alá az

<sup>40)</sup> Lényegileg így értelmezi a prts 167. és 168. §§-ait Dauscher, Handbuch des gerichtl. Verfahrens. Bécs 1869.

<sup>41)</sup> A hamisítatlanság alatt a tartalom, a szöveg hamisítatlanságát, a bonitas instrumenti-t értjük, azaz azt, hogy a szöveg nincs utólag jogellenesen megváltoztatva. Mást ért Zlinszky a tartalom valódisága alatt, melyet az okirat valódisága alatt említ fel és amely szerinte az okirat valódisága mellett vélelmeztetik, Biz. Elm. 385. l. Zlinszky ugyanis a tartalmat itt a 36. j.-ben jelzett értelemben veszi.



okiratot vagy előttük aláírását utóbb sajátkezű aláírásának elismerte. Sőt az is elég, ha ezen körülmények más módon bebizonyíthatnak, ha t. i. ezen bizonyításra a formáság tagadása folytán szükség van. 2. A 168. §-ban a tanuktól szintén nem az kívántatik, hogy ők utóbb a perben az okirat tartalma iránt vallomást tegyenek és az okirat tartalmát vallomásukkal megerősítsék. A 168. §. kellékei is csak a kiállítás kellékei és a 168. §. tanui is csak mint a kiállítási actus és nem mint a tartalom tanui szerepelnek.<sup>42)</sup> 3. A ptrts 171. és 172. §§-ai szerint az írás valódisága is az okira hivatkozó fél által lévén bizonyítandó, a törvény a sajátkezű írásra nézve semmi különös vélelmet nem ismer. 4. A helyes és általában elfogadott theoria szerint a hamisítatlanság vélelme minden valódi magánokirat mellett harcol. Vagy másként, a hamisítatlanságra magából az okiratból lehet következtetést vonni, a hamisítatlanságot az okirat maga bizonyítja. Mivel a hamisítás rendszerint nyomot hagy, azon okirat ellenében, amelyen az utólagos megváltoztatásra mutató semmiféle jel sem látható, azaz amely nem aggályos, a meghamisítást állító fél tartozik a meghamisítást bizonyítani. Arra nézve, hogy ptrtsunk ezen felfogástól eltért volna, semmi támpont sem található.

A tartalom utólagos beírása és az eljárás jogtalan felhasználása ellen a 167. és 168. §§. kétségkívül biztosítékot akarnak nyújtani, de az utólagos kitöltés a civil-jogban nem esik a meghamisítás fogalma alá.<sup>43)</sup>

A ptrts 169. §-ának értelme az eddigiek alapján könnyen megállapítható. A törvény az adóslevelekre nézve a 167. §-ban csupán positive felállított bizonyítási szabályt negative is kimondja. Az adóslevél csak a 168. és 167. §§-ok alakszerűségei mellett bizonyítja a tartalom elfogadását,

<sup>42)</sup> Más jelentősége volt az okirati tanuknak a római jogban az instrumenta forensia és quasi publica-nál. Ott a tanuk a tartalom tanúsítására voltak hivatva. V. Ö. Wetzell, System III. kiad., 233. és 235. l.

<sup>43)</sup> A határt a hamisítás és az utólagos kitöltés között megvonni nem mindig könnyű. Az utólagos beírás is lehet hamisítás. A különbség nézetem szerint ott keresendő, hogy a beírás az okiratnak már létező értelmét megváltoztatja-e vagy nem.



Itt a 166. §-ban nyitva hagyott szabad mérlegelésnek nincs helye. Azért a 169. §. nemcsak a 167. és 168. §§-ok alkalmazását, hanem a 166. §. ellentétét is képezi, és ez igazolja annak felvételét a 167. és 168. §§-ok mellett.

Végül még egy lehető ellenvetésre kell felelnem. Azt lehetne ugyanis az itt kifejtett értelmezés ellen felhozni, hogy nem valószínű, miszerint a ptrts szerkesztői az itt előadott theoretikus állásponton állottak, és mindezt így apróra végig gondolták volna.

Feleletem a következő:

Először: a törvény tudvalevőleg bölcsebb lehet, mint annak szerkesztője. A törvény-szerkesztő talán egy tökéletlen, homályos vagy éppen helytelen theoria alapján állott, vagy egyáltalán nem is gondolt a javasolt szabály mélyebb megalapítására és a törvény mégis egy helyes, vagy egy más theoriára vezethető vissza és abból értelmezendő és egészítendő ki.

Másodszor: Ámbár azokat az okokat, melyek a törvényhozást a perrendtartás minis teri javaslatának megváltoztatására és a jelenlegi szerkezet felvételére indították — miután az e részbeni tárgyalások okmányosítva nincsenek — nem ismerhetjük, a ptrts 166—169. §§-ainak mégis oly valószínű indokokat tulajdoníthatunk, melyek az itt védett értelmezéssel nemcsak nem ellenkeznek, hanem annak alapul is szolgálhatnak, anélkül, hogy ezért a törvény-szerkesztőket nagyon is nagy alapossággal kellene vádolnunk. A törvény-szerkesztők ugyanis a szabadbizonyítás elméletének befolyása alatt és egyes igen könnyen előfordulható és elképzelhető konkrét esetekre való tekintettel, szükségesnek találhatták a minis teri javaslatban az aláírott magánokiratokra felállított bizonyítási szabály mellőzésével, a magánokiratoknak — a kiállító elleni — bizonyító erejét korlátlanul kimondani, természetesen ezen bizonyító erő fokának és terjedelmének megállapítása nélkül. Ezzel szemben viszont igen közel feküdt annak megfontolása, hogy mégis szükséges oly okiratokat is elismerni, melyek a félnek függetlenül a bíró mindenkori meggyőződésétől teljes bizonyítékot szolgáltatthassanak, a felet biztosítsák. E teljes bizonyító erejű okirat szabá-



lyozásánál a miniszteri javaslatban az adóslevelekre vonatkozólag felállított szabályok szolgálhattak előképül. Átvétettek és általánosítottak az adóslevél teljes bizonyító erejének előfeltételei és átvétetett a bizonyító erő iránya is. A miniszteri javaslat értelmében a szabályszerű adóslevelek a kölcsön leolvasását bizonyították teljesen; ez az okirat tartalmával generalizáltatott. Az adóslevelekre vonatkozólag azonban a miniszteri javaslatnak az osztr. id. ptrtsből átvett szabálya megtartatott. Ezeknél különösen közel fekszik a veszély, hogy a kiállító aláírása jogtalanul felhasználtassék és a kevésbé művelt egyénnel egy más irat helyett adóslevél irattassék alá. Mivel az adóslevél gyakran, úgy, mint a nyugtatóvány, elismervénynek, vagy pláne nyugtatóványnak is címeztetik, szükségesnek találtatott azonban a bizonyító erőt nemcsak a kölcsön leolvasására, hanem a „kötelezettség fennállására“ nézve is az adóslevél szabályszerűségének feltételéhez kötni.

Hogy épen ezek voltak-e a ptrts 166—169. §-ainak indokai, ezt ismételjük, nem tudhatjuk. De ezek mindenestre lehettek az indokok. És ez elég, hogy értelmezésünkre nézve ezen irányban is megnyugtathassuk magunkat. Ezen indokok mindenesetre elég észszerűek és de lege ferenda is megfontolásra érdemesek. Ehhez azonban nem akarok hozzászólni.



## IX.

### VÉLEMÉNY ÉS INDITVÁNY

a magyar jogászgyűlés állandó bizottsága által kitűzött  
következő kérdés felett:

„A közvetlen szóbeli eljárásban minő jogorvoslatok  
engedendők meg.“\*

Megvallom, hogy bármennyire megtisztelve érzem magamat a magyar jogászgyűlés állandó bizottságának becses felhívása által és bármennyire kötelességemnek ismerem a magyar jogtudomány és jogfejlésnek e téren is legjobb erőmmel szolgálni, mégis habozva engedem munkám eredményét nyilvánosságra jutni. Nem annyira subjectiv gyöngeségem érzete, mint inkább az általam követett út minősége készítet e vallomásra.

Nézetem szerint a fennforgó kérdésben is a dolog természetének kifejtése, a létezőnek tudományos észlelete az, mely a helyes megoldást nyújtja, vagy legalább is kiindulási pontul választandó. A célszerűségi okok, a dolog természetének folyamányait befolyásolhatják, de magukban véve megnyugtató eredményt megállapítani nem képesek. Hogy mennyire szükséges ép a jogorvoslatok természetének kifejtése, csak arra akarok utalni, hogy a jogorvoslat fogalmának köre iránt nincs megállapodás.

Azon elméletek közül, melyek tudtommal a jogor-

\* Megjelent a Magyar Jogászgyűlés 1874-iki évkönyvében V. évf. I. k. 224. s köv. l. (Budapest).



voslatok iránt épen nem egyhangúan felállítottak, teljesen egyben sem vagyok képes megnyugodni. Így tehát kénytelen valék saját nézetemet kifejteni. Véleményem nagy részét ezen fejtegetés foglalja el, s megvallom, hogy erre fektettem a fősúlyt.

Megengedem, hogy ezen irányban a véleményhez illő határt túlléptem, de az egyszer választott kiindulási pont következetes kivitelét szemlélhetővé kellett tennem.

Azonban eltekintve ezen összeütközéstől, nézeteim közzétételét elodázni más okból is kívánatosnak tartottam volna. Az időnek rövidsége, mely ezen munkára rendelkezésemre állott, úgy a kínálkozó hely szűke, nem engedhették meg, hogy nézeteimet minden irányban kifejtssem és lehetőleg megvédjem; különösen mi a történeti fejlődést illeti, a már készet sem vehettem fel véleményem keretébe.

Ha mindazonáltal véleményemet az itt következő alakban átnyujtom, erre úgy vágyam a megtisztelő felhívásnak eleget tenni, valamint azon meggyőződéseim ösztönzött, hogy kiindulási pontom helyes és hogy fejtegetéseimnek talán sikerült, a jogorvoslatok tanának egynémely pontjaira világot vetni. Ehez járult azon körülmény, hogy következtetéseim, melyekre nagy részt a római jog utalt, egyszersmind a római jognak felfogását is megállapítják, vagy legalább azzal nem ellenkeznek.

A rögtönzött kivitel egyéb hiányait mentegetni nem kívánom.

---

A perbeli jogorvoslatok tárgyalásánál a perbeli sérelmekből szokás kiindulni, Nézetem szerint távolabb a sértett jogból és legtávolabb magából a perből kell kiindulnunk és ezen alapon a sérelem fogalmát megállapítanunk.

Miután a per fogalmának és alkatának különböző felfogása létezik, kénytelen vagyok az elfogadott felfogást, mely a per objectiv szemléletén alapul, röviden vázolni.<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> A per ezen felfogásának eszméjét Bülow, Die Lehre von den



A per (Prozessverhältniss) egy a bíróság és felek között valamely vitás magánjogviszony (Streitverhältniss) megállapítása céljából fennálló jogviszony.<sup>2)</sup>

Midőn a jog a perviszonyt szabályozza, úgy mint más jogviszonyok szabályozásánál, itt is meg kell állapítania azon körülményeket, melyek között és azon tényeket, melyek által az, mintegy a jog által elismert viszony létre jön. Szóval a jog megállapítja azon előfeltételeket (perelőfeltételek), melyekhez a per jogi létét kapcsolja. Kimondja a jog, hogy per csak személyek között és pedig alkalmas személyek között jöhet létre. Szükséges tehát bíróság és pedig hatáskörrel felruházott képes, érdektelen, illetékes és szabályszerűen alakult bíróság.

Továbbá megkívánja a feleket, azok jog- és cselekvési képességét, ügyvéd általi képviseltetését stb. Előírja a per tárgyának kellékeit, pl. nem ismer közigazgatási ügy-, vagy vitássá nem tehető, ítéletileg megállapított magánjogviszony felett érvényes pert. Részletezi ezen kellékeket, amennyiben azok egy bizonyos eljárási nem szerint alakulandó perviszony előfeltételeit képezik. Szabályokat állít fel az ügyek halmazatára, sorrendére és bizonyos cautiók megkívánhatására nézve. Végre megállapítja azon tényeket, melyek által a perviszony létrehozatik, nevezetesen megkívánja a keresetet, azaz a bíróság felhívását, az idézést és a valódi vagy képzelt perfelvételt. A litis contestatio által az eddig előkészülésben lévő perviszony teljességre emelkedik.

A most nagyjában felsorolt perelőfeltételek ugyan a per szabályszerű létrejöttére nézve szükségesek, azonban hiányuk nem egyenlő hatással van a perviszony érvényességére. Különösen két kathegoriába sorozhatjuk azokat, melyek határai a pozitív jogok szerint változók lehetnek, de melyek tudtommal mindenütt fel vannak állítva. Mig ugyanis némely előfeltételek oly annyira lényegesek,

Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen című monografiájának köszönöm.

<sup>2)</sup> Természetesen csak a polgári perről szólunk. A végrehajtás nem tartozik szorosan a per fogalmához, ezt egyelőre mellőzzük.



hogy azok nélkül per egyáltalában létre sem jöhet, addig mások csak jogot adnak a per személyeinek, nevezetesen pedig a bíróságnak és alperesnek, hogy a perbe bocsátkozástól tartózkodjanak, a per alakulását meggátolják, ha azonban ezen jogukkal nem élnek, akkor a per érvényesen létrejön. Vannak tehát, hogy egy magánjogból ismeretes felosztással éljek, oly előfeltételek, melyek hiánya érvénytelenné teszi a pert és vannak olyanok, melyek hiánya azt csak megerősítené teszi.

Az előbbiekhöz számítható pl. a birói hatáskör, a felek jogképességének (meg nem alakult részvénytársaság) és cselekvési képességének, a per tárgyának hiánya. Az utóbbiak közé tartoznak legalább az uralgó felfogás szerint a birói illetőségnek, az eljárás nemének, az ügyek összefüggésének hiánya stb.

A per létesítésére irányzott első cselekménytől kezdve egész a perviszony végleges megalakításáig, vagyis addig, míg nincs megállapítva, hogy a per létre jön-e és mi felett jöjjön létre, a per előkészül. Már ezen előkészítő stadiumban, melyet in jure eljárásnak nevezünk, a bíróság és a feleknek bizonyos kötelezettségei vannak, melyek arra irányulnak, hogy a perviszony szabályszerű megalakításához közreműködjenek. Ezen kötelezettségéből folyólag pl. az alperes a kitűzött határidőre megjelenni és ott a per létrejötte iránt nyilatkozni tartozik, a bíróság pedig különösen köteles a keresetre határidőt kitűzni, ha a törvény szerint az idézés az ő tevékenységéhez tartozik, azt szabályszerűen eszközölni, a feleket perbe bocsátkozási szándékuk iránt kihallgatni, esetleg a meg nem jelenő félt perbe bocsátkozónak tekinteni. Viszont azonban tartozik a bíróság a perelőfeltételekre felügyelni, érvénytelen vagy hiányos perviszony létrehozásához közre nem működni, e célból nevezetesen alperes megerősítési kérelme felett alaposan határozni, és a pert vagy létre nem jöttek tekinteni (absolutio ab instantia), vagy fennállónak kimondani. Ezen perelőkészítő tevékenység, habár az különösen a legújabb német birodalmi javaslat óta az ügy érdemébeni tárgyalással természetellenesen össze is van zavarva, kétségtelenül léte-



zik és a bíróságnak in concreto megalapított kötelezettségét képezi.<sup>3)</sup>

Ha egyszer a per létrejött, akkor annak tartalma érvényesül. A perviszony tartalmát a bíróságnak és a feleknek egy kétes magánjogviszony tisztába hozatalára és megálapítására irányzott tevékenysége, jogilag szabályozott tartalmát pedig a jog és kötelezettség tevékenysége képezi. Ezen perbeli kötelezettségnél fogva a bíróság a felektől és a felek egymás között követelhetik, hogy azok a jog tisztába hozatalára szükséges tényalapot szolgáltatassák, a kétes tényeket kijeleljék és illetőleg módot nyújtsanak a bíróságnak, hogy az ezen kétes tények valódisága iránt meggyőződhessek. A felek viszont követelhetik a bíróságtól, hogy az tevékenységükhöz hozzájárulva a szükségesek iránt bírói hatalmával intézkedjék, a szolgáltatott anyagot ésszerűen és a jog szabályainak megfelelőleg felismerje és megítélje, végre pedig logicus és jogos ítéletet hozzon.

Temészetes, hogy amennyiben a törvénykezési jog a kölcsönös tevékenységre még különös szabályokat állít fel, nevezetesen a cselekmények idejét, helyét, sorrendét és alakját illetőleg, ezen szabályokat is meg kell tartani, azaz a jog és kötelezettség a törvénykezési jog szabályainak megfelelő tevékenységre terjed.<sup>4)</sup>

Bár ezek szerint úgy a bíróság és felek jogosítva és kötelezve vannak egymás irányában, mégis ezen személyek perbeli joga és kötelezettsége lényegesen különbözik egymás hatályára nézve. A perben kényszerrel gyakorolni csak a bíróság van hivatva, csak a bíróságnak van joga a feleket kötelezettségeik teljesítésére (a törvény által engedett) kényszereszközök alkalmazása által szorítani.

A felek egymás iránt ily perbeli kényszerrel nem gyakorolhatnak, hanem ez iránt csak a bírósághoz folyamod-

<sup>3</sup> A feleknek is, de az alantabb kifejtendőkhez képest ez minket közelebből nem érdekel. A német javaslat a per két stádiumát, az in jure és in judicio eljárást ismét jobban szétválasztotta.

<sup>4</sup> Itt is azonban a tevékenység vagy bizonyos alakbani tevékenység a lényeges, de nem az alak maga. Sokan az alakot magában tartják fontosnak, legalább a pert szabályozó jogot alaki jognak nevezik.



hatnak. mely azután az illetőt kötelezettsége teljesítésére szoríthatja és tartozik szorítani. A fél tehát az ellenfél kötelelességellenes tevékenységéből vagy mulasztásából a bíróság ellen nyer jogot, és így a felek egymásiránti sértett joga mindig a bíróság elleni jogba meg át.

A felek a bíróság ellen nem gyakorolhatnak a perben saját hatalmukból jogos kényszert.

A per az ügy érdemében, azaz a per tárgya iránt hozott bírói ítélet, vagyis végítélet (Endurtheil) által fejeztetik be.<sup>5)</sup> Ezen végítélet kettős jelentőséggel bír. Ugyanis az egyrészről a bíróságnak utolsó perbeli cselekménye, másrészről pedig az a felek magánjogi viszonyára bizonyos hatást gyakorol, mely hatást a res judicata elnevezéssel szokás megjelelni. Az előbbi minőségben az ítélet a pernek alkatrésze, annak meghozatala és pedig helyes meghozatala a bíróság perbeli köteletségéhez tartozik. Utóbbi minőségében az ítélet azt, mi eddig a felek között vitás volt, végleg megállapítja, a kétest kétségtelenné teszi. Itt tehát az ítélet jó tekintetbe, mi különösen az exceptio judicati kettős, t. i. positiv és negativ funciójában és condemnatorius ítéleteknél az obligatio judicatum nyilvánul. E hatás közvetlenül az ítélet által létesítetik. Közvetlenül, mert a bírói ítéletnek már magában véve törvény erejénél fogva kötelező ereje van, auctoritas judicati. A per ezen hatással csak annyiban függ össze, amennyiben az ítélet a pernek produktuma, de ezen hatás már nem képezi a pernek alkatelemét, hanem azon kívül áll. Jól illenek az ítélet e kettős minőségének megvilágítására is Gajus szavai, post litem contestatam debitorem condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.<sup>6)</sup>

<sup>5)</sup> Az absolutio ab instantia a pernek fennállása iránt hozatik és így az ily ítélet a pert, mely még teljesen létre sem jött, tulajdonképen nem fejezi be. A pernek egyéb úton, ú. m. a per folyamában kötött egység, elállás általi befejezését egyelőre mellőzzük, l. alantabb a 29. jegyzetet.

<sup>6)</sup> Melyek egyébiránt másképp is értelmeztetnek, l. Keller, Röm. Civ.-Pr. 60. és Becker Die proc. cons. cons. 296. és 298. old. és Bethmann Hollweg, Civ.-Pr. d. gem. Rechts II. köt. 512. old. Hogy azonban



Íme a pérnek rövid, célunkhoz mért vázlata. Visszatérhetünk kiindulási pontunkhoz.

Amily egyhangu a tudomány azon tétel elismerésében, hogy a jogorvoslatok rendszere csak a perbeli sérelmek minőségén alapulhat, ép oly kevésbé jutott az a perbeli sérelmek fogalma iránt teljes egyetértésre. Hogy a sérelemnek annyiban, amennyiben az valamely jogorvoslat megalapítására szolgálhat, a bíró által kell okoztatni, ebben megegyeznek az írók. Kevésbbé egyeznek meg e sértés lényegének meghatározásánál, azaz azon kérdésben, hogy miben áll a sérelem. Így pl. Gommer (Handb. III. 105. és köv. old.) Danz (Grundsätze des ord. Proz. 403. és 404. §.) Linde (Lehrbuch 377. §. különösen 6. j.) úgy látszik a felek magánjogának a vitás magánjogviszonyoknak (streitige Rechtsverhältnisse) megsértésében látják a perbeli sérelem lényegét. Baver szerint (Vorlesungen 304. §.) a bíró hivatalos köteletségének (Amtspflicht), részint mulasztás, részint meg nem felelő tevékenység általi megsértésében áll a perbeli sérelem, de mindjárt hozzáteszi, hogy a fél akkor is megsértethetik, midőn a bírói határozat objective a materialis jognak (mat. igazságnak) meg nem felel, anélkül, hogy a bírót a hiba terhelné, Wetrell (Syst. 52. §.) ott lát perbeli sérelmet, hol a bíró a félnek „einen prozessualen, d. i. die Parteistellung alterirenden Nachtheil“ okoz. Renaud szerint Civ.—Proc. (172. §.) a fél akkor van megsértve, ha a határozat a jognak vagy méltányosságnak meg nem felel.

A sérelem közelebbi meghatározása azután a jogorvoslatok fogalmának idevonása által szokott történni.

Ezek ugyanis tulajdonképeni és nem tulajdonképeni jogorvoslatokra osztatván fel, azon sérelmek, melyek csak a nem tulajdonképeni jogorvoslatok megalapítására szolgálnak, nevezetesen, melyek a bíró mulasztásából vagy egy harmadik személy ellenébeni tevékenységből szár-

eltelkintve ezen hely értelmezésétől, a rómaiak az ítélethozást a bíró kötelezettségeként is felfogták, l. éppen Bethmann Hollw. az i. h. 106. és köv. old., a praetor judicari jubere-je a bíróra kötelezettséget rótt, melyet az épp az ítélethozatal által teljesített, mi által solvitur iudicium.



maznak, a tulajdonképeni sérelmek sorából kizáratnak. A tulajdonképeni jogorvoslatok megalapítására szolgáló sérelmek azután, ép ezen jogorvoslatok kategoriái szerint, három osztályba soroztatnak, amennyiben helytelen (igazságtalan) semmis és méltánytalan birói határozatok különböztetnek meg.

Ezen felosztás kétségtelenül azon előnnyel bír, hogy a létező jogorvoslatok kategóriáit visszaadja, igen természetesen, mert a felosztás ép ezen kategóriák alapján történt. Ha a perbeli sérelmek jelenlegi tanát szemügyre vesszük, azon észleletre jutunk, hogy tulajdonképen nem a jogorvoslatok határoztatnak meg a sérelmek szerint, hanem fordítva, a sérelmek a jogorvoslatok szerint. Az idők során tévtanok alapján kifejtett jogorvoslati rendszer ép megalapításra szorult, és ezen megalapítást a doctrina a sérelmek theoriájában igyekezett annak megadni.

Bármily háladatos lenne a sérelem fogalmáról fennebb példaként jelzett és egyéb nézetek bővebb bírálatába bocsátkozni, hely szűke miatt kénytelen vagyok azt mellőzni és csupán saját nézetem kifejtésére szorítkozni. Azt hiszem, a bírálat önmagától adva lesz.

Sérelemről jogi értelemben csak ott szólhatunk, hol valamely jog és pedig valamely in concreto megállapított jog sértetik, valamely kötelezettség nem teljesíttetik. Hol valami jog nincs, ott az meg sem sértethetik. Nem szólhatunk ennél fogva jogsértésről, hol csak valamely, a tárgyilagossággal védett állapot sértetik, itt a sértés még nem jogsértés, hanem delictum, mely még csak (kötelmi) jogviszonyt létesít, melynek tartalma jog és viszonyos kötelezettség, és melyen azután jogsértést lehet elkövetni (l. Unger Syst. II. §. 109.). A jogsértés ezen fogalmából kell kiindulnunk.

Ehez képest perbeli jogsértésről csak ott szólhatunk, hol valamely concret perbeli jog megsértetik, valamely perbeli kötelezettség nem teljesíttetik.

Miután amint fennebb láttuk, a feleknek a bíróság irányábani jogsértései közvetlenül a bíró által orvosolhatók, a feleknek egymás irányábani jogsértései pedig a bíróság elleni jogba mennek át, minket kik a külön orvoslásra



szorulható jogsértésekkel akarunk foglalkozni, csak a bíróság által elkövetett perbeli jogsértések érdekelhetnek.

A bíróság kötelezettsége a perben bizonyos cselekmények teljesítésére terjedvén, a bíróság perbeli kötelezettségének eleget nem tesz, azaz a felek jogát sérti akkor, midőn a kötelességszerű cselekményeket vagy épen nem, vagy nem kellőleg teljesíti.

Azt szokás mondani, hogy nem kellőleg teljesítheti a bíróság kötelezettségét vagy az által, hogy cselekménye magában véve érvénytelen, semmis, vagy pedig az által, hogy cselekménye helytelen. A kötelesség nem teljesítésének mindezen módjai között azonban, azaz mind a bíróság mulasztása, mind helytelen, mind semmis cselekvésege között annyiban, amennyiben kötelességsértésről van szó, lényegileg nincs különbség. Aki épen nem fizet, ki érvénytelen pénzzel, és ki nem a szerződésileg kikötött pénzzel fizet, kötelezettségének egyaránt nem tesz eleget.

A mondottakat összefoglalva, a perbeli sérelem a bíró által sértett perbeli jog, illetve a bíró részéről kötelesség.

A perbeli sérelem fogalmának ily meghatározásával egy jogilag megalapított jogi testtel és lélekkel bíró fogalmat nyertünk, mely létezik és mely csak homogen elemeket foglal magában, mellyel tehát odább számolhatunk.

Mielőtt azonban odább mennénk, azt kell még röviden kimutatnom, hogy a perbeli sérelem fogalma tagabbra nem vonható, ha az elemek homogenitását nem akarjuk megzavarni.

Midőn a bíró a per tárgya felett ítéletet mond, a felek magánviszonyait is befolyásolja. Lehet, hogy a bíró a nem létező magánjogviszonyt létezőnek mondja ki, vagy pedig fordítva. Ennek dacára az ítélet az auctoritas judicati miatt hatást gyakorol,<sup>7)</sup> amennyiben exceptio judicati és esetleg obligatio judicati is eredményez. Kérdés, nem követ-e el a bíró az által perbeli sérelmet, ha a felekre ily igazságtalan ítéletet tukmál? A most érintett irányban

<sup>7)</sup> A semmis ítélet, l. alantabb, hatálytalan lévén, ily sérelmet nem is okoz.



nem; ezen irányban t. i. ítéletének hatása által a bíró a feleknek magánjogi, t. i. a magánjog által védett állapotát sérti. Nem is magánjogát, mert a bíró mint olyan a felekkel nem is áll magánjogviszonyban. A bíró ily esetben delictumot követ el (ha t. i. a delictum egyéb kellékei nem hiányoznak), *judex litem suam fecit*. Ezt a rómaiak tiszta jogi felfogásukkal világosan átlátták.

Az ily sérelem tehát nem perbeli sérelem, az a peren kívül áll.

Az eddigiek alapján construálhatjuk a perbeli jogorvoslatok fogalmát.

Ha a félnek jogot engedünk, hogy a bíró által sértett perbeli jogát kényszer útján valósíthassa, a bírót perbeli kötelessége teljesítésére szoríthassa, akkor neki perbeli jogorvoslatot (*materialis értelemben*) adunk. A perbeli jogorvoslat célja ezek szerint csak abban állhat, hogy a bíró perbeli kötelessége teljesítésére szoríttassék.

A jogorvoslatok ezen fogalmát bővebben ki kell fejtenünk.

Ha a félnek egyáltalában jogot akarunk adni, hogy a bíró ellen kényszerrel vehessen igénybe, ezen kényszer gyakorlatát lehetetlen a félre magára bízni. Ezzel a per egész alkatát, bizonyára nem annak előnyére, felforgatnánk. Ép oly lehetetlen azonban, hogy a kényszer gyakorlata magára a kötelességsértő bíróra bizassék. Már pedig a jogorvoslat, mint a félnek engedett jog, a kényszer fogalmilag kell, hogy tartalmazza. Az oly kérelmek, melyek a per bírójához intézkedések megtétele, vagy a megtett intézkedések pótlása, kiigazítása, magyarázata vagy visszavonása iránt intéztetnek, bár esetleg a jogsértés megszüntetésére vezetnek, nem bírják a perbeli jogorvoslatok jellegét. Minő jog legyen az, melynek érvényesíthetése a kötelezett féltől (t. i. a bírótól) függ. Az ily kérelmek ép oly viszonyban állanak a jogorvoslatokhoz, mint az adós megintése a keresethez. Célszerű lehet megszabni, hogy a jogorvoslatok használatát a bíró intézkedése, nevezetesen pedig határozatainak kiigazítása, pótlása vagy visszavonása iránti kérelemnek kelljen megelőzni, vagy hogy bizonyos bírói mulasztások vagy cse-



lekmények elleni jogorvoslatok, mindenekelőtt a per bírójának felszólításaul tekintessenek, de a perbeli jogorvoslatok sorrendét ezen intézménnyel nem gazdagíthatjuk. Ezen eredménnyel a tudományban uralgó nézet is meg egyezik. Vajkay urnak a mult évi jogászgyűléshez tett indítványa és Garay urnak a Jogt. Közl. m. é. 23. számában kifejtett nézete ellenében egy fogalmilag nem perbeli jogorvoslatot, a m. jogászgyűlés által sem tarthatom perbeli jogorvoslattá declarálhatónak.

A fél jogának a bírót kötelessége teljesítésére szoríthatni, rendezett államban szükségképen bíróság által kell megállapíttatni és a jog gyakorlatának a bíróság hatalma által lehetségesíttetni.

Az általunk adott jogorvoslat fogalma bírót és rendezett eljárást feltételez.

A bíró, ki a fél ezen jogát megállapítja és a kényszer alkalmazza, kell, hogy a per bírója felett hatalommal birjon. E hatalmat ugyan lehetséges bármely más bíróságra ruházni, amint e hatalom már a rómaiaknál a par potestással felruházott magistratusnál is megvolt, azonban annak sűrű rendszeres gyakorlata természetszerűen a bíróságok egymás fölé helyezésére vezet. Az egyik bíróság feletti hatalmat egy másik gondosabban összeállított felsőbb bíróságra ruházni, ismert célszerűségi indokok által is oly annyira javallatik, hogy arról tovább szólni felesleges volna.<sup>8)</sup>

A perbeli jogorvoslatok ezek szerint fellebbviteli jogorvoslatok.

Feltéve, hogy perbeli jogorvoslatoknak helyt akarunk adni, legközelebb azon kérdés tüzetes megoldása szükséges, hogy minő alapon és minő esetekben lehet e jogot megóvni.

Bármennyire biztosítani óhajtjuk is a felet a per bírójának önkénye ellen, e biztosítás lehetőségét minden-

<sup>8)</sup> Külön felsőbb bíróságról gondoskodni sem kell, a kiküldött bíró sérelmes cselekményei elleni jogorvoslatok esetében önként adva van, hogy ily esetekben a panasz a kiküldő bírósághoz megy. A rómaiaknál bizonyos esetekben a judex ellen a praetorhoz Bethmann Hollw. az id. h. 107. és 108. l.



esetre annak szüksége által kell korlátoznunk. E korlátozást részben már véghezvittük az által, hogy a jogorvoslatokat nem közvetlenül a fél perbeli jogára, hanem sértett jogára alapítottuk. Továbbra korlátozzuk e jog alapját az által, hogy annak csak azon esetben engedünk lételt, ha a fél a bíróság kötelességsértése által kárt, hátrányt szenved. Hogy perbeli jogorvoslatot csak ily hátrány esetében lehet adni: általában elismertetik.<sup>9)</sup> Ha ezen irányban a jogtudomány hibát követ el, az ép abban rejlik, hogy a hátrányt tekinti a fődolognak, a jogorvoslat egyedüli megalapítójának. Perbeli sérelem és hátrány azonos fogalmakul vétetnek. Innen azon tévedés, hogy a perbeli sérelemnek a bíró hibáján kívül is lehet helye, holott a dolog úgy áll, hogy hátrányt szenvedhet a fél a bíró hibáján kívül, de sérelmet nem. Valamint a jogsértés és az interesse különböző fogalmak, úgy itt is különböző fogalmakkal van dolgunk.

Mellőzve a különböző írók e részbeni nézet-kijelentésének bírálatát, a következőket akarom kiemelni:

Hátrány alatt általában valamely érték csökkenését, jogi értelemben annak jogtalan csökkenését értjük, tehát általában a félre nézve valamely értékkel bíró állapot sérelmét. A perben különösen a per tárgyára, annak megállapítása és érvényesítése interessejére fog e hátrány vonatkozni. A perbeli sérelem által okozható hátrány nem a felek perbeli állásának, vagy perbeli jogának, hanem az érdekének megsértésében áll. A perbeli sértés az ok, a hátrány a következmény, mely nem is a perben, hanem a peren kívül jelentkezik.

Hogy valamely perbeli sértést hátrányosnak tekintünk, annak közvetlenül elő kell idézni a hátrányt: ha a hátrány előidézéséhez még valamely újabb tény szükséges, akkor csak az fogja az érdekét sérteni.

Az adott fogalom alapján a bíró következő kötelességsértései lehetnek a félre nézve hátrányosak:

Mindenek előtt feltétlenül sérti a félnek érdekét a

<sup>9)</sup> Ezen alapul pl. az is, hogy a fellebbezéssel az első bírósági ítélet megváltoztatását kell kérni, l. alantabb is.



birónak kötelességellenes tétlensége, t. i. ha a bíró az in concreto megalapított kötelességszerű cselekvőségét nyíltan vagy hallgatag megtagadja (*denegata vel protracta justitia*). Ezen esetben a hátrány egy részről abban áll, hogy felperes magánjogát nem érvényesítheti. Az érdek, mely itt sértetik, ugyanaz, mely a magánjog megalapításához általában szükséges és mely az alanyi jogban a (tárgyi) jog által védetik. Másrészről alperesre nézve a hosszas perben állás, magánjogi állapotának bizonytalanságban tartása hátrányos. A bíróság ily kötelességsértése a hátrány megalapítására magában véve és a per bármely stádiumában elegendő.

A most említett hátrányos sérelem orvoslásául a közös németjog *quaerela simplex* név alatt ad egy orvoslást, mely általában nem szokott a tulajdonképeni jogorvoslatok közé számíttatni. Nálunk (és pl. a hannoveriai pt. szerint is) e jogorvoslat ezen irányában nem is számittatik a perbeli jogorvoslatok közé, az nem is a bírósághoz, hanem a közigazgatási hatósághoz utasíttatik. Én nem tarthatom e jogorvoslatnak a tulajdonképeni jogorvoslatoktól elkülönítését indokoltnak. A szokásos indokok azok, hogy e jogorvoslat directe a bíró ellen irányul, és hogy általa a felső bíró disciplináris hatalma hivatik fel.<sup>10)</sup> Amint láttuk, minden perbeli jogsértés a bíró kötelességsértésén alapulván, ellene irányul. Ami bizonyos bírói cselekmények ellen irányuló jogorvoslatoknál ez irányban látszólag változást szül, az az eljárás különbözősége, mely az által indokoltatik, hogy némely esetekben a kötelességsértés megállapítása kérdésében az ellenfél még inkább van érdekelve, mint maga a bíró és hogy az ellenfél meghallgatása nélkül sokszor a sértés alapos elbírálása nem is volna lehetséges. Erről alantabb. A sértés lényege itt is, ott is azonos, mindkét esetben a bíró concret perbeli kötelességét sérti. Az sem áll, hogy itt csupán a felső bíró disciplináris hatalma hivatnék fel. A sérelem fennforgását a felső bírónak ez esetben is meg kell állapítani; hogy azt itt könnyen eszközli, az ítélőtevékenységét csak hát-

<sup>10)</sup> I. pl. Wetzel az i. h. 61. §.



térbe szorítja, de nem zárja ki. Az egész distinctio tévesége leginkább kitűnik ott, hogy ugyanezen querela simplexnek bizonyos pervezetési és indokolt visszautasító határozatok ellen is helyt adnak.<sup>11)</sup>

Legkevésbé lehet azonban helyeselni, hogy ezen sérelmek ellen egyedül közigazgatási úton engedték orvoslat, ez annyi volna, mint a közigazgatási hatóságnak egy meghatározott perben beavatkozást engedni. Az ellenkező nézet képtelenségét könnyű kimutatni. Az indokolatlan visszautasítás, a denegatio orvoslása közigazgatási útra tartozik, az indokokkal ellátotté bíróság elé, — ámde az indoklás hiánya egyebütt semmiség és bíróság előtt orvosoltatik. Hogy menekülünk-e consequentia előtt? Megjegyzem, hogy a német javaslat 216. §-ában a protracta iustitia esetében jogorvoslatot (Beschwerde) enged, és hogy 449. §-ában, mely a panasz eseteiről szól, az indokolt és indok nélküli visszautasítás között különbséget nem tesz.<sup>12)</sup>

Kétségtelen hátrányt szenved továbbá a fél akkor, ha a bíró a perviszony megalakítása körül, azaz az in jure eljárásban helytelenül cselekszik, akár 1) az által, hogy a pert az előfeltételek meglétében meg nem alakíthatónak vagy meg nem alakítotttnak mondja ki, akár 2) az által, hogy a semmis vagy megerősítettt pert érvényesnek nyilvánítja, vagy folytatja.

A hátrány itt abban áll, hogy egyrészt az előbbi esetben felperes magánjogát nem érvényesítheti, másrészt pedig az utóbbi esetben hogy mindegyik félnek érdekét sérti az, ha ügyében semmis határozat hozatik; már pedig a per érvénytelensége esetében a végítélet hatálytalan, semmis, mely érvényes felmentést vagy elmarasztalást nem eredményez és mely azonfelül még a szükséges megerősítés (l. alantabb) miatt is hátrányos. Ehez járul hogy a litis contestatio, illetve az annak létrejöttéhez szük-

<sup>11)</sup> Nálunk némely hasonló esetekben semmiségi panasz, tehát jogorvoslat adatik, hasonlólag a német javaslat a jogorvoslatokhoz számított Beschwerde-t adja.

<sup>12)</sup> Hasonlólag perbeli jogorvoslatot ad ez esetekben a Würtemb. prt. 770. §-a és az oszt. jav. 742. §-a.



séges tények, a perbevitt magánjogra is hatást gyakorolnak, az alaptalanul megtagadott hatás pedig a félnek érdekét sérti.

Mindezen hátrányok az érvénytelen vagy megerősített per megalakításával azonnal beállanak, a semmis végítéletet bevárni nem volna indokolva.

Ezen esetekben semmiségről is szokás szólni, csak-hogy helytelen alkalmazásban, amennyiben a bíró e tárgyban hozott határozatát tekintik semmisnek, holott itt és csakis a 2) alatti felvételben a perviszony semmiségéről lehet szólni. A bírói határozat semmis, valahányszor helytelen, ha t. i. arról van szó, hogy a bíró kötelességét teljesítette-e, ha ellenben a bírói határozatot mint akaratnyilvánítást tekintjük, akkor az semmisnek csak az esetre mondható, ha az akaratnyilvánítás érvényességi kellékei hiányoznak, pl. ha a bírói határozat nem az előírt alakban vagy módon hozatott.

Midőn a bíró a pert meg nem alakíthatónak mondja ki, a perbeli sérelem mindig bírói határozatban fog nyilvánulni, a jogorvoslat tehát ezen határozat ellen irányulhat és azonnal érvényesíthető.

A második esetben azonban a sérelem nem nyilvánul mindig bírói határozatban, amennyiben a pttok az in jure eljárás befejeztével a perviszony megalakultának határozott kimondását nem szokták minden esetben megkívánni. Két esetet kell megkülönböztetnünk, vajjon t. i. megerősíthető vagy ipso jure érvénytelen perről van-e szó.

A megerősíthető per folytatásából csak annyiban származik a félre nézve sérelem, amennyiben a megerősítéshez joga volt, ezen jogával élt és a bíróság által e joga el nem ismertetett. Ezen megerősíthetésnek természetes időpontja a litis contestatio előtt van, mert a perbe-bocsátkozási szándék kinyilvánítása a megerősíthetésről való lemondást involvál. Itt tehát van bírói határozat, mely ellen a jogorvoslat irányul; ha pedig e határozat meg nem hozatik vagy meghozása megtagadtatik, a legelől említett sérelem alapján lehet orvoslást keresni.

Az ipso jure ható semmiség esetében a per érvé-



nyességének kimondása nélkül is beáll a sérelem és hátrány. Ily esetben tehát a jogorvoslat nem egy bírói határozat ellen fog irányulni és így a per folyamában a per bármely stádiumában lehetne jogorvoslattal élni. Célszerű lesz azonban elrendelni, hogy a fél ily esetben a bíróságot a sérelemre először figyelmeztesse és csak ha e figyelmeztetése által nyert bírói határozattal meg nem elégpszik, élhessen a per folyamában jogorvoslattal. A figyelmeztetés elmulasztása, vagy a provocált bírói határozat ellen jogorvoslat nem használása azonban a sérelmet nem szünteti meg és így a félnek mindenesetre meg kell engedni, hogy ez alapon a végítélet ellen is, mely a pert implicite érvényesnek nyilvánítja, jogorvoslatot adhasson be. A német ptt. javaslata (1872.) 234. §-ában ezen irányban elfogadható szabályokat tartalmaz.

Bár meg kell vallanom, hogy mindezeknél helyesebbnek tartanám azon eljárást, mely a pert határozottan és feltétlenül, azaz alperes akaratától függetlenül két stadiumra, t. i. az *in jure* és *judicio* eljárásra osztaná és az előbbit egy bírói határozattal, mely a per megalakulása iránt hozatnék, választaná el az utóbbtól. Ezen határozat ellen azután lehetne jogorvoslattal élni, fennmaradván a félnek joga az *ipso jure* ható semmiségek figyelembe nem vétele által okozott sérelmeit a végítélet ellen is érvényesíteni.<sup>13)</sup>

Vége hátrányos sérelem eredhet a félre nézve a végítéletből. A sérelem az esetben a helytelen kötelesteljesítésben fekszik, tekintet nélkül arra, hogy az ítélet alapja vagy tartalma helytelen. A semmiség és igazságtalanság itt különbséget nem tesz. A hátrány ellenben abban áll, hogy a bíró helytelen ítélete is a felek egymásközti magánjogviszonyára befolyást gyakorol, amennyiben pedig az ítélet, mint akaratnyilvánítás magában véve semmis, abban, hogy azon hatály, melyet a felek a per eredményeként egymáshoz viszonyukban várni jogosítva van-

<sup>13)</sup> Emellett a jogorvoslat felfüggesztő ereje iránt a n. jav. 234. §-ának intézkedése átvehető volna.



nak, be nem áll, a semmis ítélet mellett egymáshoz viszonyuk továbbra is vitás marad.

Egyébiránt az, mit e tételnél ki kell mutatnom, nem annyira az, hogy a végítélet ellen lehet jogorvoslatot engedni, mint inkább az, hogy a per megalakítása és a végítélet közé eső cselekmények ellen nem lehet jogorvoslatot adni.

A bírónak az in judicio eljárásban az ítélet előtt általános, minden perben szem előtt tartandó kötelessége csak abban áll, hogy a feleket egyáltalában meghallgassa, helyesebben, hogy a feleknek meghallgathatására alkalmat adjon.

Mellőzve a formális írásbeli eljárást, ezen tétel kétségtelenül áll a közvetlen szóbeli eljárásban. A per itt nem sablonszerűen mozog előre, hanem az ügy minősége szerint változatos alakkal és tartalommal bír. Ép ezen accomodatio lehetősége képezi a közvetlen szóbeli eljárás egyik, nézetem szerint főelőnyét. A bíró és felek, közbeneső tevékenységének határa általában meg nem állapítható. „Ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen“ (n. jav. 257. §.), képezi minden szóbeli közvetlen eljárásnak egyik alapszabályát. Mikor volt érett az ügy, ezt az egész ügynek felülvizsgálása nélkül nem lehet megmondani.

Miután az in judicio eljárás folyamában általában lényeges eljárási szabályt csak a felek meghallgatása, illetve erre való alkalomadás képez,<sup>14)</sup> az ítélet semmisségét általában csakis ezen szabály meg nem tartása esetében lehet kimondani.

Egyéb cselekmények elmulasztása az ítéletet csak helytelenné, de nem semmissé teheti. Ha ezen tételt el nem fogadjuk, oda jutunk, hogy a semmisség, t. i. az ítélet hatálytalansága annak belső helyességétől függ, azaz ekkor a res judicata tanát lerontanánk.

<sup>14)</sup> E szabály általános jelentőségű azért, mert a jognak fennállása vagy fenn nem állása felett a tényalap ismerete nélkül lehetetlen határozni, már pedig a tényalap előadása vagy legalább kifejtése a litis contestatio utáni időbe esik.



A most előadottakkal megegyezik a római jog is, mely az in iudicio eljárásban az ítélet érvényességére csupán azt tartotta lényegesnek, hogy az ítélet a felek jelenlétében vagy kellőleg megidézett felek ellen hozás-sék (Keller Civilpr. §. 66. Bethmann-Hollweg az i. h. 118. §. és az ott idézett forráshelyek).

Ha már a most igazolt tétel áll, ekkor az in iudicio eljárásban okozott sérelem az ítélet hatálytalansága, sem-misége miatt csakis a most említett esetben lesz hátrá-nyos. Igaz ugyan, hogy ezen hátrány azonnal beáll, mi-dőn a sérelem megtörtént, — ezen sérelem azonban csak az ítélet hozatalával történt meg, mindaddig az függőben van. Így tehát a lehetőség sincs meg, hogy az eljárás fo-lyamában az ítélet jövődöbeli hatálytalansága által oko-zandó hátrányos sérelem panaszoltathassék.

A bírónak az in iudicio eljárásban az említett álta-lános kötelességén kívül is vannak egyéb kötelességei, melyeket megsérthet. Mihelyt a bíró helytelenül vezeti a tárgyalást, az egyes perben szükségeseket nem teljesíti, ő perbeli sérelmet követ el. Ezen sérelem azonban a félre nézve közvetlenül nem hátrányos, mert mindezen sérel-mek a felek egymáshozí viszonyát közvetlenül nem érin-tik.<sup>15)</sup> A közvetlen hátrány az ítéletből származik. Ha a bíró a tárgyalást még oly hiányosan vezeti, (a fenti eset-től eltekintve), az ítélet érvényes lesz és lehet, hogy az, mint érvényes ítélet a fél érdekeit nem sérti, reá nézve nem hátrányos.

Az tehát, hogy a bíró egyes, kötelességéhez tartozó cselekményeket nem teljesít, vagy hogy azokat helytele-nül viszi végbe, nem képezheti elegendő megalapítását a jogorvoslat szükségességének.

Nem vagyunk másként az egyes cselekmények sem-

<sup>15)</sup> Legfeljebb annyiban volna hátrányosnak mondható az ily kö-telességsértés, amennyiben az a protracta justitia miatt engedett pa-nasznak alapul szolgálhatna. Mennyiben lehessen annak helyt adni, nagyon messze vezetne kifejteni, hogy az egyes kötelességsértések ál-tal még nem lehet megalapítva, hanem hogy ahhoz a pernek hosz-sabb időn-át szükségtelen cselekmények általi huzavonása szükséges, könnyen átlátható.



miségével sem. Ha már azért, mert a bíró egy tanút ki nem hallgatott, nem lehet a per folyamában jogorvoslatot adni, miként lehessen azért ilyet engedni, mert a bíró alakilag helytelenül, tehát hatálytalanul hallgatta ki a tanút?

Ehhez járul, hogy az in judicio eljárásban a bíró cselekményei visszavonhatók lévén, azok orvoslása a végítéletig a per bírójánál kereshető. Továbbá, hogy csak az ítéletből lehet rendszerint kivenni, miként fogta fel a bíró az ügyet és miért volt egyik vagy másik cselekmény szükséges. Sok esetben a bíró kötelességsértését sem lehet a végítélet előtt alaposan megállapítani.

Vége ezen eredmény mellett számos célszerűségi okok is felhozhatók, melyek sokkal ismeretesebbek, mint hogy azok ismétlésével foglalkoznom kellene. Általában ezen célszerűségi okokra szokás az eljárás folyamában jogorvoslatok meg nem engedhetőségét alapítani, l. pl. Erläut. Bemerk. zu dem Referenten-Entw. einer (oesterr.) Civilpr. Ord. (1866.) 88. l.

Tévesen szoktak fenntartott jogorvoslatról (vorbehaltene Berufung) szólni, — amint láttuk a jogorvoslat a dolog természeténél fogva a per folyamában meg sincs teljesen alapítva, — mert hátrány még nem létezik, — ami pedig meg sincs alapítva, azt fenntartani sem lehet. Egyébiránt a „vorbehaltene Berufung“ különbözik a már megalapított, hanem az eljárás folyamában nem érvényesíthető jogorvoslattól, melyet — némely prtsok, pl. a „sofortige Beschwerde“ — ellentétül egyszerűen „Beschwerde“ névvel jelölnek meg.

Igy tehát az in judicio eljárás folyamában nem volna jogorvoslat engedélyezhető. Ezen eredménytől azonban egy esetben mégis eltérést kellene engedni, t. i. akkor, ha az eljárás akként állapittatik meg, hogy bizonyos előkérdések iránt (pl. okirat-kiadás, felfedező eskü) a per folyamában esküt kell tenni, — az ily esküt rendelő határozatok ellen ezen, de csakis ezen esetben külön jogorvoslatot kellene engedni, — mert az eskü tekintélye megkívánja, hogy az, mi esküvel eldöntetett, végleg valónak vétessék, azért az esküt csak megdönthetlen határozat alapján lehet le-



tenni. Ha azonban az eskü, amint ez a n. jav. 402. §-ában rendeltetik, mindig csak végítélet után tehető le, akkor ezen eset is elesik.

Eddig a perről magáról, a bíróságnak a legszorosabb értelemben vett perbeli sértéseiről szóoltunk. Azonban a bíróság a per előtt, mellett vagy után is jöhet a felekkel, vagy legalább az egyik féllel bizonyos viszonyba, melyből ő reá kötelezettségek hárarnolnak. Így a szegénységi jog, a biztosítás és végrehajtás kérdései megállapítást igényelnek. Előfordulhat továbbá, hogy a per mellett a bíróság és a felek, vagy csupán a bíróság egy harmadik személlyel is, így a mellékbeavatkozóval,<sup>16</sup> tanuval, szakértővel, az ellenfél ügyvédével, azzal, ki magát a tárgyalásnál illetlenül viseli, viszonyba jőnek, mely a bíróságra concret kötelezettségeket ró. Mindezen esetekben a bíróság kötelességsértést követhet el, melyből a félre vagy egy harmadikra önálló, a végítélet hatályától független hátrány származhatik. Ezen hátrányos sérelmek alapján tehát jogorvoslatot szükséges adni.

Az eként megalapított jogorvoslati jog legközelebbi célja az, hogy a sértett perbeli (vagy analog) jog a felső bíró kényszerhatalmának közbenjövete mellett gyakoroltathassék, a kötelezettség a per bírása által teljesíttessék, távolabbi practicus célja, hogy a hátrány megszüntetessék.

Miután a jogorvoslati jog címén a felső bíró akkor is felhívatik, (mely felhívást formális értelemben vett jogorvoslatnak nevezhetjük l. Wetzell az i. h. 52. §.) midőn az valóban megalapítva nincs, szükséges, hogy a jogorvoslat, illetve alapja t. i. a sértett jog léte a felső bíró által mindenekelőtt megállapíttassék. Ott, hol az alsó bírónak positiv cselekménye forog szóban, a cselekmény sérelmességének megállapításával egyszersmind az is jár, hogy a felső bíró kimondja, miszerint ezen cselekmény által a bíró perbeli kötelességét nem teljesítette. A sérelem megállapításával tehát a sérelmes határozat cassatiója jár és pedig tekintet nélkül arra, vajjon a cselekmény oly

<sup>16)</sup> Főbeavatkozás esetében külön per van.



hiányokban szenved, hogy az egyáltalában nem tekinthető bírói cselekménynek, tehát magában véve semmis, vagy hogy a cselekmény csak in concreto helytelen. A semmis és igazságtalan határozat között e részben nincs különbség. Midőn a felső bíró az igazságtalan ítéletet nálunk a fellebbezés folytán megváltoztatja vagy feloldja, ép úgy megsemmisít, mint a semmitőszék, midőn a semmiségi panasznak helyt ad.

A sérelem megállapítása után azon kérdés merül fel, minő kényszer gyakoroltassék.

A jogorvoslat legközelebbi céljához képest, a jogorvoslat közvetlenül az alsó bíró ellen volna alkalmazandó, úgy hogy mindenekelőtt utasíttassék kötelessége teljesítésére és azután vétetnének ellene kényszereszközök, pl. bírság, alkalmazásba. Az ily kényszer néha elegendő is lehet, így a bíróság egyszerű mulasztásai, vagy önmagukban, különösen alakjuknál fogva érvénytelen, általában (nemcsak in concreto) semmis cselekmények esetében.

Azonban a tartalmilag helytelen cselekményeknél rendszerint az általános utasítás nem lesz elegendő. Nevezetesen ott, hol az alsó bíró tehetségében rejlik a hiba, őt tüzetesen kell utasítani. Ezen tüzetes utasítás akkor, midőn a felső bírónak az ügyet úgy is meg kell vizsgálni, hogy a kötelességsértést megállapíthassa, önmagától jó, mert a felső bírónak a helyes cselekményről kétségtelenül véleményt kell képeznie, hogy e szerint a helytelent elbírálhassa. A felső bíró tüzetes utasításától csak egy természetyszerű lépés vezet oda, hogy a felső bíró a határozatot maga hozza meg. A cassatio természetyszerűen a reformatióra vezet, amint az a rómaiaknál is történt.<sup>17)</sup>

Ugy látszik, hogy a reformatió megengedése által a jogorvoslatokat eredeti jelentőségükből kivetköztettük, amennyiben most már nem az alsó bíró, hanem helyette egy más bíró teljesíti a kötelességet.

Nézetem szerint nem. A facere-re irányuló obligatióknál is előfordul azon kényszereszköz, hogy a munka más

<sup>17)</sup> L. Savigny Syst. 6. köt. XV. Beilage.



által teljesítetik, és a kötelezett csak a munka árát téríti meg. Ha ez által az eredeti obligatio nem változott meg, akkor a perbeli jogorvoslatoknál sem mondhatunk mást. Az, hogy a perbeli bíró nem köteleztetik a felső bíró eljárási költségeinek megtérítésére, másodrangú kérdés, mely bőven megoldatik az által, hogy az állam az, mely functióját mindkét bíróság által gyakorolja stb.

Az egész kérdés azonban egy más uton is hasonló eredménnyel eldönthető. Kétségtelen ugyanis, hogy az alkalmazandó kényszernek a szükség szerint kell alakulni. Ezen szükség a jogorvoslat practicus céljában leli határát. Ugy az állam, mint a felek a jogorvoslatnak megengedése és illetőleg használata által azon célt akarják elérni, hogy a bíró köteleességsértésének következményei, a hátrányok orvosoltassanak. A kényszernek tehát olyannak kell lenni, hogy az egyrészt a hátrányok orvoslására elegendő legyen, másrészt ezen célon túl ne legyen hatályos.

Az alkalmas kényszer módjai közül ezek szerint a következőket emelhetjük ki:

A per bírójának egyszerű mulasztása a tevékenység nyílt vagy hallgatag megtámadása esetében, a sérelem megállapítása után utasítás, szükség esetében bírság vagy más kényszereszközökkel fenyegetés mellett, ennek sikeretelensége esetében pedig az ügynek más bíróhoz való utasítása vagy a felső bíró által magához vonása (avocatio).

A bíró positiv cselekvősége esetében, a sérelem megállapítása és a sérelmes határozat cassatioja után vagy egyszerű utasítás vagy részletes utasítás illetve reformatio. Hogy mikor alkalmazandó az egyik és mikor a másik, nem a sérelmek minősége szerint, hanem csak azon szabály szerint dönthető el, hogy a felső bíró akkor, midőn az ügy a végítéletre érett, de nem általában, hanem ép előtte, t. i. a felső bíró előtt, mondja ki a határozatot, ha pedig nem, utasítsa vissza az első bíróhoz. Ha tehát a sérelem megállapításával a helyes határozat is adva van, akkor azt meghozza, ellenkező esetben nem. Az önmagában véve semmis cselekmények által okozott sére-



lem esetében ugyan az egész ügyet nem kell teljesen és részletesen felülvizsgálni, s így itt a sérelem minősége is megadná a kényszer különbségét, de a tartalmilag helytelen határozatnál sem kell mindig reformálni (1. pl. n. jav. 473. §.), s így e részben a különbség megvonása indokolva nem volna. Ehez járul, hogy az önmagában semmis határozat tartalmilag, azaz in concreto is helytelen lehet, és a fél ezen alapon is élhet jogorvoslattal. Teljesen céltalan volna ily esetben a semmis határozatot azért visszautasítani, hogy az érvényes alakban mondasék ismét ki, hisz arról, hogy a bíró ugyanazon határozatot fogja kimondani, alig lehet kétség.

A felet e mellett nem lehetne kényszeríteni, hogy sérelmét azonnal részletezze és egyik vagy másik kérelmet terjessze elő, mert ha a keresetnek a szóbeli tárgyalás alkalmával pótlagos megalapítását és kiigazítását megengedjük, nincs ok ezen engedményt a féltől a jogorvoslatoknál megtagadni.

A semmisítést és utasítást vagy reformatiót eredményező jogorvoslatokat elvileg elkülöníteni és a perbeli jogorvoslatokat általában a sértés minősége szerint beosztani, nem volna indokolva. A semmiségi panasz és fellebbezés közötti különböztetés a bírálatot meg nem állja.

A jogorvoslatok minőségének megállapításánál egészen más alaphól kell kiindulnunk.

Mindenekelőtt szem előtt tartandó az, hogy a törvénykezési jog terén állunk. Ezen jog célja, amint szokás mondani, az eljárást, helyesebben bizonyos a jog érvényesítése végett szükséges cselekményeket, az azokra vonatkozó jogot és kötelezettséget szabályozni. Midőn tehát a törvénykezési jog szempontjából a jogorvoslatok minősége után kérdezősködünk, a megoldást csak ott kereshetjük, hogy a jogorvoslati jog érvényesítésénél minő cselekmények szükségesek. Ezek különbsége és különböző szabályozása állapítja meg a jogorvoslatok különbségét.

Valamint a törvénykezési jog a keresetek megkülönböztetésénél azt tartja szem előtt, hogy minő eljárásra vezetnek azok, minő eljárást tesznek szükségessé, és ezen értelemben szól pl. sommás és rendes keresetekről, úgy



hason alapot kell itt is felvennie. A processualis értelemben vett jogorvoslatok közötti különbséget kell vizsgálnunk.

Bár a jogorvoslatok folytán keletkező eljárás célja az, hogy az alsó bíró kötelelességsértése constatáltassék, és ez alapon a szükséges intézkedések megtéessenek, mégis az alsó bírónak részvéte a jogorvoslati eljárásban egészen alárendelt jelentőségű, sőt rendszerint nem is szükséges, és pedig azért nem, mert a kötelelességsértés meg- vagy meg nem állapítása reá nézve rendszerint egészen közömbös, védelmet igényelhető érdekét nem sérti.<sup>18)</sup>

A jogorvoslati eljárás tehát egyelőre egy a felső bíróság és a sértett fél közötti eljárás. Vannak azonban sérelmes cselekmények, melyeknek mikénti megállapításában az ellenfél is érdekelve van és melyek alapos elbíráltatása és még inkább melyek alapos reformálása az ellenfél meghallgatása nélkül a közvetlen szóbeli perben nem is lehetséges. Bizonyos jogorvoslatok iránt tehát kétoldalu eljárás keletkezik.

A jogorvoslati eljárás e különbségének szükségessége és egyszersmind határa ugyanazon tekintetek által van adva, melyek az alsó bíró bizonyos cselekményeinek egyoldalu vagy kétoldalu meghallgatás alapjáni hozatalát indokolják. Azon birói határozatok sérelmességének constátálása, melyek az alsó bíró által az ellenfél meghallgatása nélkül hozattak, a jogorvoslati eljárásban sem igényli az ellenfél meghallgatását.

Ugyanez áll akkor is, ha a bíróság oly köteletséget mulaszt, melyet már a fél egyoldalu kérelmére tartozott volna teljesíteni (denegata és protracta iustitia). Ellenben az alsó bíróság előtt kétoldalu meghallgatást igénylő határozat felülvizsgálata is kétoldalu meghallgatást igényel.

A most jelzett alapon a panasz és fellebbezés között tartom szükségesnek különbséget tenni. Ezen különbség

<sup>18)</sup> Másként, hol dorgálásról vagy birságozásról volna szó. Ettől eltekintve, a bíróság mint érdektelen harmadik szokott még meghallgattatni oly tények iránt, melyekről csak neki van tudomása, vagy melyekről mint hiteles személynek bizonyossága szükségeltetik.



megvonásával azonban nem akarom azt mondani, hogy a panasz iránt az ellenfél egyáltalában meg ne hallgathassék, csak a meghallgatás szükségességét nem írnám kötelezőleg elő.

A n. javaslat a panaszt kisebb jelentőségű oly kérdésekben is előírja, melyek az első bíró előtt kétoldalu eljárás alapján döntenek el. Így az avatkozó és a fél, a fél és az ellenfél ügyvéde vagy tanu és szakértő közötti vitánál. Részemről nem tarthatom indokoltnak, hogy ezen esetben panaszt, kötelezőleg elő nem irt kétoldalu meghallgatással és nem fellebbezést adjunk. Ha azonban a fellebbezés nevét egyáltalában csak nagyobb fontosságú kérdések részére akarjuk fenntartani,<sup>19)</sup> a fennebb felállított szabályt kellene keresztül törni és ezen esetekben a kétoldalu eljárást kötelezőleg előírni.

A fellebbezés által egy új per, egy jogviszony fejlődik a felső bíró és a felek között.

Ezen új pernek legközelebbi célja ugyan a sérelem megállapítása, azonban már ezen célból és még inkább a hátránynak alkalmas kényszereszközök általi orvoslásából (reformatio) következik, hogy az egész ügy felülvizsgálatának szüksége is beállhat. Hogy mikor szükséges ez, ennek megállapítását, úgy mint az egész fellebbviteli per vezetését a felső bíróra kell bízni.

Ha már most a közvetlen szóbeli pert az igazság kiderítésére alkalmasabbnak tekintjük s az első bíróság előtt szóbeli közvetlen pert ismerünk el, leheteilen, hogy a felülvizsgálatot más úton eszközöltessük. De nemcsak a szóbeli közvetlen eljárás nagyobb tökélye harcol a fellebbviteli eljárás szóbelisége mellett, hanem már maga azon körülmény is, hogy az eljárás az alsó bíró előtt szóbeli, szükségessé teszi a felső bíró előtti újabb tárgyalást és így csak a mindenestre eszközzendő újabb tárgyalás szóbelisége vagy írásbelisége foroghat kérdésben, hol azután a választás bizonyára nem nehéz.

<sup>19)</sup> Mert az interpositionalis határidő megrövidíthetnék, ha a jogorvoslatot fellebbezésnek nevezzük is, egyéb tekintetben pedig, ha a felek meghallgatását megkivánjuk, a panasz és a fellebbezés között lényeges különbség nincs.



Az ügynek a felső bíróság előtti újabbi tárgyalásával szorosan összefügg azon kérdés, vajjon az u. n. *beneficium novorum*nak (bizonyítékok és tényekre, de — legalább rendszerint — nem igényekre vonatkozólag) helyt kell-e adnunk. Amint ismeretes, e kérdés vitatott. Nézetem szerint eldöntése a következők megfontolása által van adva:

Az alsó bíró előtt lefolyt szóbeli tárgyalás tartalma nincs teljesen és híven fixirozva, ez nem is lehetséges; sem az ülési jegyzőkönyv, (hacsak gyorsírást nem akarunk alkalmazni), sem az ítélet indokai nem nyújtanak biztosítást, hogy a szóbeli tárgyalás tartalma a felső bírónak teljesen és híven tudomására jusson. Ezen tételek aligha igényelnek igazolást. Az alsó bíró subjectiv felfogása és azon körülmény, hogy a bíró nem mindig a teljesen kész indokok alapján képez magának véleményt az ítélet tenorja felett, hanem gyakran a szóbeli tárgyalás összbenyomása alatt képzett homályos véleményt fogja lehetőleg megindokolni, a lelkiismeretes bíró által készített indokokat sem biztosítják a tökéletlenség ellen. A tárgyalásnak még az aligha kivihető gyorsírói feljegyzése sem adja vissza a tárgyalás teljes képét. Ehez járul, hogy az alsó bírótól legalább egy bizonyos határig meg nem tagadható pervezetési tevékenység a tárgyalás tartalmát önkéntelenül befolyásolja, úgy hogy maga a tárgyalás tartalma is többé-kevésbé az alsó bíró subjectiv felfogásának jellegét hordja magán.

Az ítélet indokai és a jegyzőkönyv *rectificatio*jának megengedése újabb nehézségekkel jár és elvégre sem vezet biztosan a kívánt célhoz, mert a *rectificatio* iránti végső határozat mégis csak a per bíróját illelheti.

Az alaptárgyalás tartalmának a felső bíró előtti egyéb uton való constatalása elláthatlan bonyodalmakra vezetne és a jogorvoslati tárgyalást oly térre terelné, mely a jogorvoslat *practicus* céljával bizonyára nem indokoltathatik.

De mindenektől eltekintve a nova-k kizárása az államnak az igazságszolgáltatás szervezése alkalmával követett céljával, a jogviszonyoknak alapos és a valóság-



nak lehetőleg megfelelő megállapításával sem egyeztethető össze.

Nem mondható az sem, hogy a *beneficium novorum* ez ellenfélre hátrányos, mert a *beneficium* ő reá is szól — és habár igaz, hogy így az egyik fél a másikat váratlan ujtások által meglepheti, nem szabad figyelmen kívül hagynunk, hogy ily meglepetés már az alaptárgyalásnál sem kerülhető ki. Ugyanezen ok egyébiránt a perújítás megengedését kizárná.

Végre költségesebbnek sem mondható a *nova-k* megengedése, mert eltekintve azok felhozásának aránylag ritkaságától, (mi abból folyik, hogy bizonyára mindegyik félnek érdekében áll, már az első bírótól lehetőleg kedvező ítéletet nyerni) azon kérdés alapos eldöntése, vajjon valami *novum-e* vagy nem, rendszerint alig kerül kevesebb idő- és fáradságba, mint a *novumnak* figyelembe vétele.

Az eddigiekből kitűnik, hogy nézetem szerint lényegileg ugyanazon jogorvoslatok volnának a szóbeli közvetlen perben engedélyezendők, melyeket egyebek közt a német javaslat *Beschwerde* és *Berufung* név alatt ismer és melyeket a római jog különösen az *appellatio*val adott.

A perbeli jogorvoslatok szükségességét általában indokolni alig kell. Nézetem szerint elég azt felhozni, hogy a bíró a félre nézve hátrányos perbeli jogsértést kétségtelenül elkövethet és igen gyakran el is követ; hogy továbbá egyrészt a bírót nem lehet minden sérelem által okozott hátrányért felelőssé tenni (ily felelősség mellett vállalkozó bírót nem is lehetne találni), másrészt pedig, hogy a felet sem lehet ezen eredményében kétes felelősségre szorítani. Azonban nem is a jogorvoslatoknak általában, hanem azok egyik nemének, t. i. a fellebezésnek megengedhetősége az, mi kétségbe vonatik.

Különösen a német javaslat által felállított *revisio* az, mely mellett a fellebbezés ellen újabb időben kiterjedt és beható áramlat fejlődött, mi azonban ismét nem kevésbé hatalmas ellenáramlatot idézett elő.

Amint ismeretes, ezen jogorvoslatnak *collegiális* bíróságok végítéletei és ezekkel egy kategóriába helyezett ítéletei ellen az *appellatio* helyébe kellene lépni.



Megalapítására csak az szolgálhat, hogy valamely jogszabály vagy épen nem, vagy helytelenül alkalmaztatott, vagy hogy valamely dispositív okirat helytelenül értelmeztetett. (N. jav. 479. és 480. §§.)

Eltekintve a revisio alapjának legutóbb említett esetétől, mely csak a legújabb javaslatba vétetett fel,<sup>20)</sup> annak megalapítására a jogalkalmazás és nem egyedül a jogszabály értelmezésének helytelensége szolgálhat. A felülvizsgálat alól tehát csak a tiszta ténykérdés, de nem az esetnek vagy egyes ténykérdésnek jogi felfogása van kizárva.

A revisio in iure ezek szerint különbözik nevezetesen a francia cassatiótól, ennél sokkal tágabb alappal bír.

Ha egyedül a német javaslat álláspontjának megdöntése forogna szóban, elég volna arra hivatkozni, hogy az az egyesbiróságok végítéletei ellen a teljes appellációt fenntartja. A revisió mellett és illetőleg az appelláció ellen felhozott érvek ez által elvesztik erejüket. Vagy talán a társas birósági szervezet volna azon arcanum, mely a ténykérdés helyes elbírálását biztosítaná?

Célunk azonban nem ez, s így a revisió mellett (tulajdonképen az appelláció ellen) és ellen felhozott érvek rövid birálatát és mérlegezését el nem kerülhetjük.

Mellőzve az appelláció ellen annak történetéből merített azon érvet, hogy annak életbeléptetése a római állami szervezet hanyatlásával és hivatali rangtokokatok kifejlődésével függ össze,<sup>21)</sup> és hogy így a mai korszellemnek

<sup>20)</sup> Ezen kiterjesztésre találó birálatot mond Wach Krit. Vierteljahrschrift XV. köt. 351. l. Ha egyszer elfogadjuk azt (miből kiindulni szokás), hogy a felek dispositiója az életviszonyokat a törvényhozó akaratához hasonlóan szabályozza, miért nem terjesztjük ki ezen analógiát, minden módon megállapított kötelező akaratnyilatkozatra is. A javaslat indokai szerint ugyan csak az okiratilag fixirozott jogügylet terjeszthető a bíró elé, úgy mint a törvénytáblában publicált törvényszöveg, de hát a revisio nem alapítható a szokásjog helytelen alkalmazására is és a tanuk, eskü vagy beismerés által szószó szerint megállapított akaratnyilvánítást a felső bíró ne értelmezhesse úgy, mint a törvényszöveget?

<sup>21)</sup> Ezen jogtörténeti tévedés ellen l. különösen Savigny Syst. VI. kötet Beilage XV. Appellatio und Provocatio és Bethmann Hollweg i.



meg nem felelne, azon további érvre, hogy a ténykérdés felülvizsgálatát szóbeli fenyítő eljárásban is fel kellett adni, megjegyzem, hogy ez nem a szóbeliséggel, hanem az esküdtszéki intézménnyel függ össze.<sup>23)</sup> Nem több erővel bír a n. jav. indokolása által 406. és 407 old. az appelláció gyakorlati szükségtelensége mellett felhozott statisztikai kimutatás sem, mely különben a mi viszonyainkra nézve semmit sem bizonyít.<sup>23)</sup>

Sokkal fontosabbak a következő ellenvetések:

A szóbeli közvetlen perbeli ténykérdés felülvizsgálata lehetetlen. Ha a felsőbíró tevékenységét feltétlenül csak az alsó bíró tevékenységének egyszerű felülvizsgálatára akarjuk szorítani, ezen érv kétségtelenül áll. Ha azonban abból indulunk ki, hogy újításokat meg kell engedni, akkor ezen érv is erejét veszti. (Bähr 54. és köv. l.) És az újítások megengedését, mint fennebb láttuk, nemcsak a szóbeliség, hanem a per végcélja is indokolja. Keveset nyom ez ellen azon érv, hogy az ügynek újabb tárgyalásával az első folyamodású bíróságok kísérleti állomásokká degradáltatnának (Bähr Recht u. Beweis 88. old.).

Az újítások, ha meg is engedtetnek, ritkák lesznek. Ezekről eltekintve pedig nincs mit tartani attól, hogy a felső bíró előtt lefolyt tárgyalás más képét nyujtsa az ügynek, mint az első tárgyalás.<sup>24)</sup> A dolog lényege meg fog maradni. Valóban kevésre becsülnénk felsőbb bíróságainkat, ha feltennénk róluk, hogy szónoki fogások, frázisok és nem a tárgyilagos alap által engednék magukat befolyásoltatni. Ha pedig a tárgyalás vezetése hoz létre más eredményt,

h. §. 61. végén. Jól jegyzi meg egyébiránt Silberschlag Die deutsche civpr. Ord. 27. old. Wäre diese Auffassung richtig, so würde sie ebenso wohl gegen die Revision als gegen die Appellation sprechen. L. még Bähr Das Recht in zweiter Instanz 52. old.

<sup>22)</sup> L. Wach az i. h. XV. köt. 1. f. 99. old. Az analogia helytelenségére Silberschlag i. h. 26. old. és Plathner Neue Construction des Prozesses 32. és köv. l.

<sup>23)</sup> L. egyébiránt Plathner az i. h. 40—42. old. és Wach az i. h. 3. f. 352. és 353. l.

<sup>24)</sup> A beismerek, eskükinálások és elfogadások vagy visszautasítások megváltoztatása ellen, ezek jegyzőkönyvbe vétele nyújt biztosítékot.



akkor a felső bíró ép az alsó hibáit pótolja, (mert, hogy cselekvősége rendszerint helyesebb, ezt fel kell vennünk.) (L. egyébiránt Bähr-nek i. m. az 54. és köv. oldalakon olvasható találó érveit, és Wach által az i. h. 102. old. jegyzetben az összbenyomásról mondottakat).

Felhozatik továbbá, hogy habár a tárgyalás megújítása lehetséges volna is, a tanuk és a szakértők általi bizonyítás mégsem volna megújítható, és így a szóbeli közvetlen eljárás egyik főelőnye a bizonyítékok közvetlen felvétele és méltánylása a második bíró előtt veszendőbe menne. Az alsó bíró részére tehát „eine lauterere Quelle der Erkenntniss als dem höheren Richter fließt.“

A mint ismeretes, a szakértők véleménye nem bizonyíték. A szakértők a bíró segédei. A véleményezés ismételése, mely nem is kivihetetlen, a felső bíró által is bármikor eszközölthetik. De erre ritkán lesz szükség. A vélemények, a szóbeli eljárás mellett is, kétségtelenül rendszerint írásban fognak benyújtani és írásba (jegyzőkönyvbe) foglalhatók. Ugyanez áll a pótlagos felvilágosításokra nézve is, melyek esetleg az írásbeli véleményhez adatnak. A felső bíró tehát átvizsgálhatja a véleményeket és csak akkor fog újabb véleményezést elrendelni, ha az alsó bírónak levont következtetésében, vagy a véleményben magában hibát talál. Ebben nehézséget alig találhatunk, ellenkező esetben az alsó bírónak is meg kellene tiltani, hogy a ki nem elégitő véleményezést ismételhesse.

Nem másként állunk a tanukihallgatással sem. Részemről nem kétlem, hogy ha a tanuknak kiküldöttek általi kihallgatását egyáltalában megengedjük, (ezt pedig alig lehet megtiltani) ez lesz a rendszerinti eset. De a törvényszék előtti kihallgatás jegyzőkönyvbe vétele sem ütközik akadályba. És habár elismerem, hogy a tanuk közvetlen kihallgatása sok előnyt nyújt, mégis azt hiszem, hogy ezen előny értéke nagyon is tulbecsültetik. Az első bíró okoskodásának alapját rendszerint mégis a vallomás objectív tulajdonságai és azon részei fogják képezni, melyeket jegyzőkönyvbe vétetni érdemesnek tart.<sup>25)</sup> A közvetlen

<sup>25)</sup> Hisz a tényállásból a revisió védői is csak azt tartják fontosnak, mit a bíró ítéleti indokaiba felvesz.



kihallgatásnak főelőnye nézetem szerint az, hogy a bíró kérdezési jogát gyakorolhatja. Azon bíró, ki a tanut maga hallgatja ki, e részben előnyben van azon bíró előtt, ki a jegyzőkönyvet csak olvassa, de ezen előny csakis előny ő reá nézve, de nem egyszersmind hátrány a másikra nézve, ki az előbbi által elért eredményeknek legalább is nagyobb részt szintén hasznát huzza.

A felső bíróra nézve az alsó bíró közvetlen méltánylása sem vész el. Mert ő bizonyára csak akkor fogja az alsó bíró kimondását félre vetni, ha arra alapos indokai vannak (Wach). Vagy a felső bírót talán minden rossz tulajdonságokkal felruházottnak kell képzelnünk, míg az alsó bíró a szóbeli eljárás mellett egyszerre magasabb lényre fejlődik? És mi történjék akkor, midőn a tanuvallomási jegyzőkönyvből kétségtelenül következik, hogy az alsó bíró logikai hibát követett el a bizonyíték méltánylásánál?

Azon kevés esetben végre, midőn a hiányos tanukihallgatási jegyzőkönyv és az első bírónak hibás következtetése a tanunak újabbi (jobbára csak felvilágosító) kihallgatását szükségessé teszi, azt a felső bíró előtt ismételni kell, hol pedig ez nem volna már lehetséges, az elháríthatlan akadályban meg kell nyugodni, és vagy a jegyzőkönyvet vagy az első bíró felfogását irányadóul venni.

A revisió ellen csak egy, de hatalmas érvet akarok megemlíteni. Ez a tény a jogkérdés szétválasztásának természetellenessége és kivihetetlensége. Nem a tény- és jogkérdése általában, hanem a tény- és jogkérdése oly értelemben, minő a revisió fogalmával jár. A tényeknek a jog alá való subsumtiója jogkérdés és nem ténykérdés. Elvileg igen szépen lehet a tény- és jogkérdésnek ily szétválaszthatóságáról okoskodni, de a praxisban másként áll a dolog. A tény- és jogkérdésnek in concreto szétválasztása nemcsak nehézséggel jár, hanem arra is vezet, hogy nagyrészt a bíró ítéleti indokainak szövegezésétől függ, hogy mit kelljen tény- és mit jogkérdésnek tekinteni. Ha pedig a jogi qualificatióval bíró tények, mint birtok, tévedés, dolus, culpa, akaratnyilvánítás stb. felülvizsgálatát a



felső bírónak meg akarjuk engedni, akkor oly csekély és még mindig bizonytalan tere marad az alsó bíró végleges eldöntésének, hogy e miatt a revisiót életbeléptetni valóban nem érdemes. És még mindezek mellett sem kerültük el az annyira irtóztott ismételt tanukihallgatást. (L. különösen Wach 95. és köv. old. az i. h.)<sup>26)</sup>

De elég ennyi ezen már oly sok oldalról és részletebben megvitatott kérdésről. Nézetem az, hogy vagy a teljes fellebbezés vagy egy csupán a jogszabály helytelen értelmezésére alapítható jogorvoslat u. n. semmiségi panasz között választhatunk. Azt hiszem, a választás nem nehéz.

---

Ha egyszer a fellebbviteli jogorvoslatok megengedésének szükségességét elvileg elfogadjuk, önként azon kérdés merül fel, hogy hány fellebbvitelt engedjünk meg. Hibát minden bíróság követhet el, és így a végtelen fellebbvitelés volna indokolva. Ki azonban ezen okoskodást nem acceptálja, annak a fellebbviteli bíróságok számát meg kell állapítani. Nézetem szerint két forum megállapítása elegendő volna, olyképen, hogy az egyes bíróságoktól a társas bíróságokhoz, a társas bíróságok mint első folyamodású bíróságoktól pedig, természetesen a szóbeli fellebbviteli eljárás által nálunk is szükségelt több, tisztán fellebbviteli bírósághoz engedtetnék fellebbvitel.

A másodfolyamodásilag véglegesen határozó bíróságok többsége által azonban egy újabb, nem megvetendő hátrány eredhet. Ez a jogegységnek, az egyes fellebbviteli területeken fejlődő törvénytáji gyakorlat mellett el nem kerülhető megzavarása. Ezen és csakis ezen szempontból egy harmadfolyamodású bíróság felállítását szükségesnek tartanám.

Ezen bíróság felállításának célja által egyszersmind a harmadfolyamodású jogorvoslatnak alapja és célja is adva van.

<sup>26)</sup> A ténykérdés miben léte, amint ismeretes, különbözően fogatik fel, de egy felfogás sem vezethet a revisio megvédésére. Éppen nem tarthatom sikerültnek azon kísérletet, melyet Pfizer Thatbestand und Berufung című röpiratában közrebocsátott.



Ezen jogorvoslatot, melyet felülvizsgálati kérvénynek, vagy ha úgy tetszik, semmiségi panasznak<sup>27)</sup> nevezhetünk, csakis az ügy érdemében, vagy a per megalkulta iránt hozott, az eljárást befejező ítélet ellen tartom megengedendőnek, és alapját csakis a jogszabály helytelen értelmezése által elkövetett sérelem képezhetné.<sup>28)</sup> Célja csak a sérelem constatálása, a sérelmes határozat feloldása és újabb határozathozatalra való utasítás. De semmi esetre sem reformatió, mely az egész ügy felülvizsgálatát tenné szükségessé.

Ily módosítással a német javaslat „Oberrevision“ nevű jogorvoslatának átültetését nálunk is kívánatosnak tartanám.

---

Eddig azon jogorvoslatokról szóltunk, melyek célja, a bíró kötelességsértését orvosolni. Ha az állam a bíró kötelességsértése alapján jogorvoslatot nyújt, a per mindaddig végleg befejezettnek nem mondható, míg azon kérdés, vajjon a bíró kötelességének eleget tett-e, függőben van. Mindaddig tehát az állam az ítéleti megállapítást véglegesnek el nem ismerheti. Ha azonban a per egyszer véglegesen befejezve van, vagy az által, hogy az állam, a bíró kötelességszegése alapján, jogorvoslatot, mely a bíró perbeli kötelessége teljesítésére irányulna, el nem ismer, vagy az által, hogy a bíró kötelességsértése nem panaszoltatott, vagy végre, hogy az már nem panaszoltat-

<sup>27)</sup> Megvallom, az utóbbi elnevezést, miután nézetem szerint, melyet itt kifejtetni nincs helyén, az egész semmiségi panasz egy jog-, illetve jogtörténeti tévedésen alapul, egészen kiküszöbölendőnek tartom.

<sup>28)</sup> A jog- és ténykérdésnek ily szétválasztása nem természetellenes és nem ütközik azon nehézségekbe, melyeket fennebb jeleztünk. A szétválasztás logikátlanságát sem lehet a fentebbi indok mellett állítani. A római jogban feltalálható, az újabbak által helytelenül *jus in thesi* és *jus in hypothesi* nevekkkel jelzett megkülönböztetés, másban áll és teljesen indokolt volt. Oldendorpnek erőyes nyilatkozata „*abeat autor istius distinctionis in malam crucem, quid enim differunt jus partis et jus scriptum in iudice calumnioso?*“ (L. Gönner az i. h. 430. l. p. j.), amennyiben a római jog felfogása ellen van irányozva, épp oly alaptalan, mint erőyes.



hatik, a véglegesen befejezett per eredményét, az ügy érdemében hozott végítéletet, az állam kell, hogy elismerje és pedig tekintet nélkül arra, vajjon a bíró kötelességsértést követett-e el, vagy nem.

Erre többé visszamenni nem lehet, az ellenkezőt megengedni annyi volna, mint a per célját, a jogviszonyok végleges megállapítását semmivé tenni. A jogerőre emelkedett ítéletnek auctoritas judicati-val kell birni.<sup>29)</sup>

Az auctoritas judicati hatását fennebb az ítélet második minőségének neveztük, mely a felek által az exceptio judicati és az obligatio judicatisból eredő actio judicativa érvényesíthető.

Mindazonáltal, bár az államnak az ítéletet, a bíró kimondását hatással és pedig végleges hatással kell felruházni, ez ki nem zárja, hogy az állam az ítéletnek létrejövételéhez bizonyos kellékeket kívánjon meg, melyektől annak jogi hatálya függjön, úgy, hogy ha az ítélet ezen kellékekkel nem bír, annak jogi hatálya nincs, hatálya semmis. Hasonlag nincs kizárva az sem, hogy bizonyos körülmények állapíttassanak meg, melyek fennforgása esetében az ítélet hatálya megerősíthetessék.

Az ítélet semmiségének vagy rescissibilitásának megengedése helyt foghat és helyt kell fognia.

Ugyanezt látjuk a magánjogban is. A jog az akaratnyilvánításnak jogi hatályát elismeri, de mégis ezen hatály létrejöttéhez bizonyos kellékeket kíván meg, vagy

<sup>29)</sup> A per céljából következik, hogy az auctoritas judicati (a materialis jogerő) csak a magánjogviszony fennállása iránt történt megállapításra, nevezetesen a végítéletre vonatkozhatik, a perviszony megalakulása tárgyában hozott határozatokat ily végleges erővel felruházni nem kell, mi azonban nem ellenzi, hogy a perben magában az ily határozat kötelező erővel birjon. Egyébiránt hogy mi végítélet, e felett nem az elnevezés, hanem a tartalom határoz, így a fizetési meghagyás, a végrehajtási eljárásban hozott bizonyos határozatok is lehetnek végítéletek. Ugyancsak a mat. jogerő lényegénél fogva azaz ítéleti erővel felruházott confesio in iure, egyességekre és elállásokra (renuntiatio causae facta) is vonatkozhatik és ép ez okból az alábbiak (bizonyos, különösen semmiségekre vonatkozó korlátozásokkal) ezekre nézve is állanak.



pedig bizonyos esetekben a hatás megerősítését megengedi.

Az ítélet semmisége vagy megerősíthetése nem az ítéletre, mint a bíró köteletségének teljesítésére, hanem közvetlenül az ítélet jogi hatályára vonatkozik. Azért itt egészen közömbös, vajjon a bíró a hatálytalan vagy megerősíthető ítélet meghozatalakor perbeli köteletségét teljesítette-e, vagy pedig nem. A semmiségi és megerősítési okok objective vannak megállapítva.

Az ítélet érvényes létrejövetelének kellékeit áttekinthetés végett feloszthatjuk olyanokra, melyek magára az ítéletre mint a bíró akaratnyilvánítására és olyanokra, melyek a perre, mint az ítélet előfeltételére vonatkoznak, mely felosztás azonban ki nem zárja, hogy némely kellékek, mint pl. a bírói minőség, mind a per, mind az ítélet kellékeit képezzék.

Az állam csak oly ítéletet ismer el hatályosnak, mely per alapján és pedig érvényes per alapján hozott.

A perelőfeltételek<sup>30)</sup> hiánya vagy a pernek ez alaponi megerősítése (objective, vagyis a per bírójának elismerése nélkül is) érvénytelenné teszi az ítéletet.

Hasonlag érvénytelen lehet azon ítélet, mely a megalkult perviszony tartalmának abszolút kizárása mellett hozott.

Az ítéletnek mint bírói akaratnyilvánításnak kellékei, hogy az bíró által és bizonyos alakban nyilvánítassék ki, hogy a bíró ne legyen vis absoluta által kényszerítve, hogy az ítélet valamely jog megállapítását vagy meg nem állapítását tartalmazza, hogy tartalma ne legyen törvényellenes, ez auctoritas legum-mal világosan ne helyezkedjék ellentétbe, ne parancsoljon természetileg vagy erkölcsileg lehetetlent stb.

Az ítélet hatályának megerősítésére szolgálhat a bíróra gyakorolt vis compulsiva, a fél csalása, menthető tévedése vagy tudatlansága, távolléte.

Mindezen semmiségi és megerősítési okokat példaként hoztam fel és azok felsorolását sem kimerítőnek, sem

<sup>30)</sup> L. fennebb az elején.



irányadónak nem akarom tekinteni. A jognézetek különbözősége szerint azokat a pozitív törvények különbözően állapíthatják meg.

Hogy az ítélet hatályának megerősítésére egy külön eljárás tétessék folyamatba, melyet restitutio in integrum, előbbi állapotba való visszahelyezésnek vagy egyszerűen visszahelyezésnek nevezhetünk<sup>31)</sup> és hogy ezen eljárás megindítása egy bizonyos határidőhöz köthessék, ez a megerősítés fogalmából következik.

Másként állunk a semmiség esetében. Ami semmis, azt megerősíteni nem kell és az erőre az idő lefolyásával sem emelkedhetik.

Ezen következetességen azonban egy figyelmen kívül nem hagyható oknak rést kell törni.

Rendezett államban, legalább a mai felfogás szerint, az ítélet látszatával bíró ítélet hatályát egyelőre meg kell védeni. Ezen védelem egyrészt arra vezet, hogy az, ki ez ítélet érvénytelenségére hivatkozik, ezen állítását megalapítani és igazolni tartozik — és pedig bíróság előtt rendezett eljárás szerint, — másrészt pedig, hogy az előleges védelem idővel véglegessé változhat. Ezen átváltozása a védelemnek a jog egyéb részeiben is előfordul és a jogbiztonság szükségessége által indokoltatik. Azon félnek tehát, kinek érdekében áll az ítélet érvénytelensége, lehetségessé kell tenni, hogy az ítélet egyelőre védett hatályát megerősítse, egyszersmind azonban kötelességévé kell tenni, hogy a megerősítési eljárást egy bizonyos idő alatt megindítsa, ha az előleges védelemnek véglegessé átváltozását meggátolja.

<sup>31)</sup> Sem a per újrafelvétele, sem a perújítás (ez utóbbi kifejezést védi Vajkay úr véleményében Évk. 320. l.) elnevezést nem tartom oly helyesnek, mint a visszahelyezést. Ezen úgynevezett perbeli jogorvoslat közvetlenül az ítélet hatálya ellen az előbbi állapotba való visszahelyezést célozza, a per megújítása a jogorvoslat következménye és pedig nem is szükségképeni következménye. Ha az ellenfél a perújítás megengedése után a pert nem akarja megújítani, erre őt belső okoknál fogva nem lehet kényszeríteni. Egyébiránt a per a semmiségi kereset esetében is megújíthatatik. A római jog bámulatos felfogása itt is a helyes fogalmat jelelte meg.



A félnek az önálló támadásra módot nyújtani egyéb-  
iránt az által is indokolva van, mert ő az előleges véde-  
lem által már magában véve hátrányos helyzetbe szo-  
rítatlik.

Az ítélet érvénytelenségének kimutatása azonban  
csak ott lehet szükséges, hol az ítéletnek legalább lát-  
szatja van. Hol az ítéletből magából kitűnik annak ér-  
vénytelensége, ott látszat sincs, mely védethetnék és mely  
következményeket eredményezhetne. Ezért pl. az oly ité-  
letet, mely lehetetlent parancsol, mely nem bírói személy  
által hozatott, vagy a feleknek tudtára nem adatott,<sup>32</sup> nem  
is kell érvényteleníteni.<sup>33</sup>

A kifejtettek szerint, az ítélet hatályának érvényte-  
lenség okából való megtámadása elég számos esetben  
meg volna engedendő. Nevezetesen az érvénytelenség ki-  
mutatása helyt foghatna nemcsak valamennyi ipso jure  
ható perelőfeltétel hiányában, hanem a perviszohnak  
megerősítése esetében is, ha t. i. a per bírāja, figye-  
lembe nem véve az alapos megerősítést, az eljárást  
folytatta és ítéletet hozott.

Azonban ugyanazon tekintetek, melyek a látszólag  
érvényes ítélet megsemmisítését szükségessé teszik, a sem-  
miségi okok megszorítására is vezetnek. A bírói ítéletek  
tekintélyének lehető nagy mértékben való védelme és a  
jogbiztonság biztosítása arra utalnak, hogy amennyire fon-  
tos és jogos érdekek veszélyeztetése nélkül csak lehetsé-  
ges, a semmiségi esetek korlátoztassanak.

És ez lehetséges. Amint fennebb láttuk, a bíró, ki  
az érvénytelen perviszohnyt megalakultnak tekinti, vagy az  
objective megerősített pert folytatja, úgy az, ki a per-  
vishohn szükségképi tartalmát figyelembe nem veszi, a fe-  
leknek alkalmat nem ad, hogy azok a perben szóhoz  
jussanak, perbeli kötelességét sérti.

<sup>32)</sup> Már ezen ok által is indokolva van, hogy az érvénytelenítési  
határidő csak a kézbesítés vagy a kihirdetéstől számíthatatik.

<sup>33)</sup> L. Begr. des Entwurfs einer Deutsch. Civilpr. Ord. 438. I. Az  
érvénytelenítendő és nem érvénytelenítendő határozatok közt a határ-  
vonal nem szokott kellőleg megvonatni (l. pl. Renaud Civilpr. 5157.),  
a helyes eldöntés a fenti tekintetek által adatik.



Ezen kötelességsértés okából már fennebb perbeli jogorvoslatot adtunk. Itt tehát a hátrányt szenvedő fél részére két mód kínálkozik, melyek által ugyanazon practicus célt elérheti.<sup>34</sup> Ez által meg van adva a lehetőség, hogy a felet az egyik, a jogbiztonság céljainak jobban megfelelő módra, t. i. a perbeli jogorvoslatra szorítsuk.

Ezen egyébiránt más érvekkel is támogatható eredmény mindazonáltal nem terjedhet annyira, hogy a féltől a lehetőséget végkép megtagadjuk, az érvénytelen ítélet hatályosságát önállóan megtámadni. A jogbiztonság iránti tekintetnek nem szabad a jogot magát aláásni, a dolog természetét végkép felforgatni. Vannak a pernek oly lényeges alkatelemei, melyek hiányának az ítélet érvényére kiterjedtebb behatást kell engednünk, ha azon tekintetekkel, melyek a per jogi létének elismerésére vezettek, végkép nem akarunk szakítani.

Az ítélet megerősítésére és érvénytelenítésére való jogot és illetőleg e jog érvényesítésére szolgáló eszközt perbeli jogorvoslatnak és pedig tulajdonképeni, de rendkívüli perbeli jogorvoslatnak szokás nevezni. Nézetem szerint egészen tévesen. E jogorvoslattal nem a sértett perbeli jog érvényesítettik, hanem az ítélet hatálya erőltetettik vagy érvénytelenítettik meg. Ugy alapja, mint tárgya e jogorvoslatnak a peren kívül áll. E jogorvoslatok csakis annyiban nevezhetők jogorvoslatoknak, amennyiben pl. a végrendelet érvénytelenítési, vagy a szerződésnek csalás vagy felén túli sérelem alapjáni megerősítésére irányuló keresetet, azaz a keresetet általában jogorvoslatnak nevezzük.

Miután a semmiségi és visszahelyezési keresetnek célja nem az, hogy a bíróságra kényszer gyakoroltassék, hanem egyszerűen az, hogy valamely (bár ítélet által okozott) jogviszony fennállása iránt végleges határozat hozassék, önként következik, hogy ezen kereset folytán keletkező perben a bírói szerepet nem kell egy felsőbb,

<sup>34)</sup> Csak a practicus cél azonos, az alap, melyen az egyik és másik jogorvoslat nyugszik, végkép különböző, úgy a legközelebbi jogi cél is.



nagyobb hatalommal felruházott bíróságra ruházni.<sup>35)</sup> A per folyamára különös szabályok felállítására nincs szükség, csupán az irathatik elő, hogy ott, hol ez lehetséges, (a semmiségi keresetnél nem mindig), az eredeti per tárgya is folytatólag felvétessék, hogy így necsak negatív, hanem egyuttal pozitív eredmény is éressék el. A semmiség és visszahelyezés ítélettel mondandó ki, mely végítélet jellegével bir és fellebbezhető.

A kérdés bővebb kifejtése véleményem keretén kívül fekszik; hasonlólag mellőzöm a semmiségi és visszahelyezési okok felsorolását is.<sup>36)</sup>

Valamint a semmiségi és visszahelyezési keresete, nem tartom perbeli jogorvoslatnak, úgy az igazolást vagy ellentmondást sem tarthatom annak. Ezen úgynevezett jogorvoslat sem a bíró kötelelességsértésére, sem pedig a bírói ítélet hatálya ellen nem irányul, hanem közvetlenül a fél mulasztásának orvoslását célozza, bár néha ítélet-hozatal után, úgy, hogy ily esetben a jogorvoslathoz hasonlóit. Ép oly kevésbé nevezhetjük ezen perbeli cselekményt jogorvoslatnak, mint a halasztási kérvényt vagy az utólagos tanukihallgatás és a halál általi hitelesítés kérelmezését.

Egyébiránt az igazolást az ellentmondás elé helyezem.

Indítványom a következő:

Mondja ki a magyar jogászgyűlés:

A közvetlen szóbeli eljárásban a következő perbeli jogorvoslatok engedendők meg:

I. Mint másodfolyamodási jogorvoslat:

1. Teljes fellebbezés, újítások megengedésével, végítéletek és a törvény által kijelelendő kétoldalu meghallgatás alapján hozott határozatok ellen.

<sup>35)</sup> Ha a felső bíró által hozott ítéletnek a felső bíró előtti meg. támadását írjuk elő, ez más tekintetek által indokoltathatik, l. a n. jav. indokolását az 516. §-hoz.

<sup>36)</sup> Egyebek között a n. jav. 511. és 512. §§-ai nyújtanak ezen okokra nézve támpontot.



2. Panasz, a bíróság mulasztása és a törvény által kijelelendő, egyoldalú meghallgatás után hozott határozatok ellen.

II. Mint harmadfolyamodásu jogorvoslat:

Felülvizsgálat a peres eljárást befejező ítéletek ellen, a jogszabály helytelen értelmezése alapján.



## X.

### A SEMMISÉG FOGALMA A POLGÁRI PERJOGBAN

(Kivonat PLÓSZ SÁNDOR r. tag ápril 8-án tartott székfoglalójából.)\*

Előadó mindenekelőtt a perjogi semmiség szokásos tanát vázolja. A perjog doctrínája a semmiséggel a jogorvoslatok tanában foglalkozik és a semmiséget a perjogi sérelmek egyik fájának tekinti, amely egy, a római jog téves felfogása alapján és germán jognézetek befolyásával kifejlődött külön semmiségi jogorvoslatnak megalapítására szolgál, vagy legalább is a felső bíró különös intézkedését, t. i. a sérelmes határozat megsemmisítését eredményezi.

A doctrina feladatát abban látta, hogy a semmiséget a többi sérelmektől különösen az iniquitástól megkülönböztesse és körülbelül abban állapotodott meg, hogy a semmiség valamely lényeges perjogi kellék hiányában áll. Igen elterjedt, különösen nálunk az a felfogás is, hogy a semmiség valamely alaki sérelem.

A semmiség ilyen jellemzése azonban nem kielégítő. Az iniquitás is valamely perbeli kellék hiánya, mert hiszen az érdem megítélése és ennek előfeltétele, az észlelés is perbeli cselekmény és annak kellei is perbeliek. Az is bizonyos továbbá, hogy az igazságtalan ítélet lényeges hiba, legkevésbé lehet abban megnyugodni, hogy

\* Megjelent az Akadémiai Értesítő 1898 évi augusztus havában kiadott 68. füzetében.



a semmiség az alakra vonatkozik. Kétségtelen, hogy a hibás tartalom is okozhat semmiséget. Példa erre az érthetetlen vagy a kérelmen túl terjeszkedő ítélet, a római jogban a *sententia contra rem judicatum* és *contra jus clarum in thesi* stb. De a bírói hatáskör, az illetékesség vagy a fél cselekvő képessége, melyek hiánya kétségtelen semmiség, szintén nem mérő alakiságok.

Még inkább cserben hagy a szokásos felfogás, ha egyes törvényhozások, pl. nálunk az 1881. LIX. t.-c. semmiségi eseteit vizsgáljuk. Így pl. nálunk semmiségi eset volt az 1881. LIX. t.-c. 39. §-a szerint, ha a bíró a sommás eljárásban alaptalanul illetékesnek mondotta ki magát, míg ha a rendes eljárásban teszi ugyanezt, akkor nem követ el semmiséget. Ennek a megfoghatatlan szabályozásnak a magyarázata az, hogy a sommás eljárásban az illetékességet kimondó végzés ellen nincs külön felfolyamodásnak helye, míg a rendes eljárásban van. A sommás eljárásban tehát ezt a sérelmet csak az ítélet elleni fellebbezéssel lehet orvosolni és a fellebbezés, ha alapos, az ítélet megsemmisítését fogja eredményezni. Vannak továbbá törvényhozások, amelyek a helytelen jogalkalmazást is semmiségnek qualificálják.

A zavarnak, amely a semmiség tanában uralkodik, részben az is az oka, hogy gyakran a francia *pourvoi en cassation*-t, egy megsemmisítő jogorvoslatot — nem pedig semmiségi panaszt — tartják szem előtt és a megsemmisítés következményéből, melyet a *pourvoi en cassation* és az ennek utána képzett jogorvoslatok céloznak, vissza-következtetnek a sérelem minőségére.

Mielőtt értekező a perjogi semmiség tanának szükséges revisiójába bocsátkoznék, a jogi semmiség fogalmát általában kívánja megvilágítani.

A magánjogban a semmiségről, mint az érvénytelenség egyik fajáról, az általános részben szokás tárgyalni. E tárgyalásra, melynek lényegét értekező röviden vázolja, két fontosabb megjegyzés tehető. Az egyik az, hogy az érvénytelenség fogalmát csak a jogügyletekre szorítják, holott e fogalom más tényálladékokra, nevezetesen a jogügyleteken kívül álló jogi cselekményekre is



talál. A másik megjegyzés pedig az, hogy az érvénytelenség egyik főfaját, amelyet nem létezésnek, non existentia-nak lehet nevezni, nem emelik ki és ehhez képest a semmiség fogalmát sem domborítják ki.

Az uralkodó tan szerint a semmis jogügyletnek valamely kelléke vagy lényeges kelléke hiányzik. De hogy minőnek kell lenni annak a kelléknek, amely hiányzik és minő kelléknek kell e mellett fennforogni, hogy, habár semmis jogügyletről, de mégis jogügyletről szólhassunk, ezt nem mondják meg. Éppen nem kielégítők e részben pl. Windscheid vagy Regelsberger fogalom-meghatározásai; jobban határozza meg a semmiség fogalmát Unger, ki megkivánja, hogy a semmis jogügylet a látszat szerint létezzék, de, hogy mi legyen a látszat, ő sem mondja meg, sőt a semmiséget okozó hiányok részletezéséből és felhozott példáiból az tűnik ki, hogy e kriterion horderejével nincs tisztában. A helyes úton van Dernburg, aki szerint semmis az a jogügylet, amely ugyan megkötöttnek mutatkozik, de valamely lényeges jogi előfeltétel hiányában szenved. Ezt a helyes felfogást értekező azzal tartja tovább kifejtetőnek és megalapítandónak, hogy a semmiség fogalma összhangban áll a bizonyítási vagy állítási teherrel. Hogy egyáltalában semmiségről szólhassunk, oly tényálladéknak kell fennforogni, amelynek alapján a bíró magában véve, t. i. ha más nem appareál, a jogi hatást meg tartozik állapítani. Ha azután oly további pozitív vagy negatív ténykörülmények is fennforognak, amelyek a jogi hatást kizárják, akkor a magában véve hatályos tényálladék semmis.

A semmiség és a nem létezés (non existentia) megkülönböztetésének gyakorlati fontosságára mutat, hogy mivel semmiség esetében van egy bizonyos látszat, azaz, mivel a semmis jogügylet prima facie egyforma az érvényessel, meg van adva a lehetőség, hogy a semmis jogügylet az érvényeshez hasonló védelemben részesüljön. E védelem hasonlósága mindenekelőtt a bizonyítási teher hasonló megosztásában jelentkezik. A semmis ügylet is mindaddig érvényesnek tekintetik, míg ellenkezője nincs bebizonyítva. E védelem azonban még tovább is terjedhet.



A látszatot mindaddig meg lehet védeni, amíg a semmiséget egy külön e végre indított perben bíróilag ki nem mondják. És ha már egyszer a jog ennyire ment, akkor a semmis ügylet megtámadhatását bizonyos időhatárhoz is kötheti és ennek elteltével az előzetes védelmet véglegesítheti. A non existens ügyletnél ellenben az ily védelem fogalmilag ki van zárva.

A semmis ügylet ilyenmő védelmével csakugyan találkozunk is oly esetekben, midőn a látszat védelmét különös okok szükségessé teszik. Ide tartozik a semmis házasságnak és különösen a semmis jogerejű ítéletnek védelme. A semmis jogerejű ítélet ma egyáltalán csak akkor hatálytalan, ha a semmiség egy e célra bizonyos határidő alatt indítható perben bírói ítélettel ki van mondva. Másként volt ez a római jogban, hol a semmis ítélet, eltekintve bizonyára a bizonyítási teher kérdésétől, egyenlő volt a non existens ítélettel. Ma tehát az ítélet semmisége mindig csak relativ semmiség, míg a non existens ítélet absolute hatálytalan és megsemmisítésre nem szorul, mint pl. magánszemély által hozott ítélet, vagy a jogilag tiltott, vagy a lehetetlen meghagyást tartalmazó ítélet.

Ezek után értekező röviden érinti, hogy a semmiség és a megtámadhatóság kategóriái még tovább részletezhetők, amire nézve egyebek közt a házassági törvény érdekes példákat szolgáltat. Majd áttér az érvénytelenségre a perjogban.

A hatálytalanság és érvénytelenség, mint általános jogi fogalmak a perjogban is feltalálhatók, sőt a perjog az érvénytelenségnek igen finom fokozatát mutatja fel.

A per lehet egészben érvénytelen; érvénytelenek lehetnek továbbá a perben előforduló egyes jogügyletek és más jogi cselekmények és pedig mind a bíróság, mind a felek cselekményei.

Érvénytelen pl. a per egészben, ha a bíróságnak nincs meg a hatásköre, ha nem illetékes, ha a felek perbeli képessége, vagy a pernek alkalmas tárgya hiányzik stb. Ha a per egészben érvénytelen, akkor az egyes perbeli cselekmények is érvénytelenek lesznek, de nem szűkséggel. Így pl. nálunk a rendes eljárásban a feleknek



az illetéktelen bíró előtt végzett cselekményei megtartják hatályukat.

Az érvényes perben előforduló egyes érvénytelen cselekmények példái: az érvénytelen egyesség, lemondás, kereset, állítás, tagadás, bírói határozat. Érvénytelen pl. a záros határidő után előterjesztett cselekmény, a határozatlan, önmagának ellentmondó állítás, tagadás, érvénytelen, legalább a megtámadhatóság értelmében az igazságtalan ítélet is.

Általában a perbeli érvénytelenség is valamely kellék hiányában áll. Hogy azonban minő legyen az a kellék, amelynek hiánya érvénytelenséget okoz, ezt csak valamely pozitív törvény alapulvételével lehet megmondani. A perjog szabályainak kötelező ereje igen változó. Némely ú. n. kellék csak kívánatos, más költségviseléssel vagy birsággal, ismét más az érvénytelenség különböző fokaival van sanctionálva. Igen fontos és magában véve erős semmiséget okozó kellékhány, nevezetesen a fél perbeli képességének hiánya, utólagos, habár csak hallgatag jóváhagyással orvosolható, másoknál a semmiség az ellenfél beleegyezésével szűnik meg, vagy csak ellentmondása esetén áll be, stb.

A perbeli érvénytelenség következményét maga a fogalom megadja. E következmények részletezésénél, mely francia íróknál feltalálható, fontosabb annak kiemelése, hogy a perbeli érvénytelenséget a perben a bíró constatálja és e szerint intézkedik. A bíró ugyanis a perben nemcsak az érdem tényálladékának, hanem a per tényálladékának és egyes cselekményeinek megítélésére is hivatva van. A bíró nevezetesen a per egészbeni érvénytelensége esetében meg fogja azt szüntetni, illetőleg az ítéletet megtagadja, az egyes érvénytelen cselekményt pedig — esetleg kérdezési jogának sikertelen gyakorlása után — visszautasítja vagy intézkedéseinél nem létezőnek tekintli. Ami azonban a bírónak érvénytelen cselekményeit illeti, nyilvánvaló és a per egész szerkezetéből következik, hogy a felek, a non existentiától eltekintve, a bíróság érvénytelen cselekményeit nem hagyhatják egyszerűen figyelmen kívül; ők nem helyezkedhetnek a bíróság fölé.



De az is bizonyos, hogy a bíró, aki a semmis vagy megtámadható határozatot hozta, szintén nem vonhatja azt e cimen vissza, mert különben a visszavonhatatlanság üdvös tilalma meddő volna.

Ezek szerint a per folyama alatt a bírói határozat semmisége, ép úgy, mint megtámadhatósága csak az alapon érvényesíthető, hogy a bíró *officio male functus est*, azaz hogy perbeli kötelességének nem tett eleget. Más szavakkal a semmiség a per folyama alatt csak perorvoslattal érvényesíthető, melyet az iniquitás érvényesítésére szolgáló perorvoslattól megkülönböztetni sem fogalmilag nem helyes, sem gyakorlatilag nem célszerű. Minden perbeli jogorvoslat ugyanis, amint ezt értekező már más alkalmakkor kifejtette, csak a perbeli jogsértésre, azaz arra alapítható, hogy a bíró perbeli kötelességét nem teljesítette, illetőleg a fél perbeli jogának nem tett eleget. Hogy miáltal sértette meg a fél perbeli jogát, ez közömbös. A bíró egyaránt nem tesz eleget kötelességének, akár a perjognak azt a szabályát sérti meg, amely szerint a per érvényességét a tények és bizonyítékok alapján, a jogszabály értelmében kell megítélni, akár pedig azt a szabályt, amely szerint az érdemet kell hasonlóképen elbírálnia.

Hogy pedig menni, *ire impracticus* dolog a semmiségek megítélésére egy külön bíróságot és egy külön jogorvoslatot létesíteni, ezt 1869-től 1881-ig eléggé megtapasztaltuk saját kárunkon.

A nullitásnak mint külön perbeli sérelemnek felállítása azonban abból a szempontból sincsen megokolva, hogy a felső bíró semmiség esetében megsemmisítő, iniquitás esetében pedig reformáló határozatot tartoznék hozni. Azt a kérdést ugyanis, hogy a felső bírónak minő határozatot kelljen hozni, egészen más szempontból kell megítélni. A reformáló határozat is mindenekelőtt megsemmisítő, mert hisz a felső bíró, ki constatálja, hogy az első bíró határozata nem helyes, mindenekelőtt hatályon kívül helyezi, azaz *cassálja* e határozatot. Hogy azután a felső bíró tovább menjen-e, azaz maga meghozza-e a helyes határozatot vagy pedig nem, az mindenekelőtt attól függ, hogy



a felső bírónak a részére rendelt eljárás szempontjából, módjában van-e a helyes határozatot meghozni. Lehet, hogy a törvény a felső bírót tehermentesítése szempontjából a megsemmisítésre, a törvénysértés constatálására szorítja. Lehet, hogy a felső bírónak azért kell a feloldásnál megállani, mert különben a felek egy instantiától el-esnének. Ilyen eset pl. ha a felső bíró az alsó bírónak meg nem jelenés alapján hozott ítéletét azért oldja fel, mert meg nem jelenés esete a törvény szerint nem forgott fenn. Nem szabad továbbá felednünk azt sem, hogy a felső bíró, midőn az alsó bíró ítéletét illetéktelenség, hatáskör, alkalmas pertárgy vagy más perelőfeltétel hiánya okából megsemmisíti, tulajdonképen nemcsak cassál, hanem reformál, azaz meghozza azt a permegszüntető határozatot, amelyet már az alsó bírónak kellett volna meghoznia.

A perbeli semmiségeknek ezek szerint a jogorvoslatok tanában igen alárendelt szerepük van, és e tan mindenestre nem alkalmas arra, hogy a semmiség abban kimerítően tárgyalassék. Systematicus szempontból a perbeli semmiség tanát, a perbeli cselekmények általános tanába kell utalni. E helyen az ép oly kevés zavart fog okozni, mint a magánjogban, sőt arra fog szolgálni, hogy a perjog strukturáját jobban megvilágosítsa.

A perbeli érvénytelenség, perbeli hatálytalanság. Vannak azonban perbeli cselekmények, amelyeknek magánjogi hatályuk is van, amelyeknek tehát magánjogi hatálytalanságáról, érvénytelenségéről is lehet szólni. Ilyen perbeli cselekmény a kereset indítása és kézbesítése, perbeocsátkozás stb., főleg pedig a jogerejű ítélet. Értekező csak ez utóbbira szorítkozik, amelyen a semmiség tana kifejlődött.

A jogerejű ítélet magánjogi hatása, az ú. n. res judicata, nem zárja ki azt, hogy az ítélet érvényességét vitássá lehessen tenni. A perfect jogügylet pl. a végrendelet érvényessége is vitássá tehető, anélkül, hogy ez által a végrendelet kötelező erejét kimondó jogszabály bármi tekintetben is érintetnék. Egy még közelebb fekvő példa a választott bírósági ítélet. Sőt nemcsak a magán-



jogi ügyletek érvényessége, hanem még a törvény érvényessége is kétségbe vonható, nálunk legalább abban az irányban, hogy a törvény kellően ki volt-e hirdelve, és hogy az, ami ki volt hirdetve, egyáltalán törvény-e, csak a törvény semmiségének kérdése van a bírói cognitio alól elvonva, rendeleteknél azonban még ez sem.

A jogbiztonság érdekében azonban kétségkívül célszerű lesz a jogerejű ítélet semmiségének vitathatását lehetőleg korlátozni, ami annyival inkább lehetséges, mert a semmis ítélet nem kötelességszerű ítélet és mint ilyen fellebbvitellel is megtámadható. Egyes esetekben mindazonáltal, nevezetesen, midőn a félnek nem állott módjában a semmiséget fellebbvitellel érvényesíteni, nem volna méltányos a semmiség érvényesítését a jogerejű ítélettel szemben kizárni. Ilyen esetek vannak nálunk az 1881. LIX. t.-c. 50. §-ában megállapítva, melyeket még néhány további esettel bizonyára helyes volna megtoldani.

Hogy mely esetek legyenek azok, amelyekben a jogerejű ítélet érvénytelen, azaz, hogy mely kellékek oly lényegesek, hogy ezekhez az érvénytelenséget kelljen kötni, ezt a mindenkor pozitív jog fogja meghatározni.

Ha azonban a törvény önmagával nem akar ellenkezésbe jönni, akkor a jogerejű ítélet érvénytelenségét mindenesetre csak oly hiányokhoz kötheti, amelyek a jogerejűleg eldöntött vita újabb megítélése nélkül megítélhetők. És ez a materiális semmiség főjellemvonása. Ez a sokat keresett határ a semmiség és az iniquitás között. Amely jog ezt a határt nem tartja meg, az rést üt a jogerő ama üdvös szabályán, hogy a jogerejű ítélet véglegesen igaznak tekintendő, és hogy az állam minden vitát csak egyszer ítél meg.

A semmiségnek ebből a kriterionjából folyik továbbá, hogy az csak egy in abstracto, t. i. a konkrét ügyre való tekintet nélkül lényeges kellék hiányához kapcsolható. Egy tanu kihallgatásának érvénytelensége például, egy konkrét ügy megítélésére nézve felette fontos lehet, in abstracto azonban nem lényeges, mert hiszen az is lehetséges, hogy a tanunak kihallgatása egyáltalán fölösleges volt.



Nem csekély jelentőséggel bír, hogy a semmiségnek itt vázolt tana, a római felfogással a lényegre nézve meg-  
egyezik és pedig fontos ez különösen azért, mert a sem-  
miségnek a középkor óta kifejtett tana mindenkor a római  
jogból indul ki, és a római jog félreismerésének kö-  
szöni létét.

A rómaiak a semmiségről, mint az *appellatio* egy kü-  
lönös megalapításáról egyáltalán nem szólnak. Midőn ők  
semmiségről vagyis inkább *non est iudicatum*-ról szólnak,  
csak az ítélet magánjogi hatálytalanságát tartják szem  
előtt. Semmiségi okaik mind olyan in abstracto lényeges  
kellékek hiányai, amelyek az ítélet ismétlése nélkül fel-  
ismerhetők. Hogy ők a lényegességet a mi fogalmaink  
szerint kissé tágra fogták, ezt eléggé magyarázza az a  
körülmény, hogy az *appellatio* intézménye náluk csak  
későbbben fejlődött ki.

A *non est iudicatum* főesetei: ha a per peralapítás  
hiányából létre nem jött, ha a pernek tartalma hiányzott.  
(t. i. ha a fél anélkül, hogy *contumax* lett volna, egyáltalán  
nem volt meghallgatva), vagy ha az ítélet maga volt  
hibás. Az utóbbinak egyes esetei közül értekező különö-  
sen azt emeli ki, midőn az ítélet a *jus clarum in thesi*-  
vel *expressim* ellenkezett. Ez a semmiség az, amelyen a  
rómaiak felfogása a legélesebben constatálható, mely azon-  
ban a semmiség doctrinájában a legtöbb zavart is okoztat  
A doctrina téves felfogását mutatja, hogy pl. még Renaud  
is azt mondja a semmiségi okról — valamint a *contra*  
*rem iudicatum* és a közös német jogban kifejtett *Acten-*  
*widrigkeit* semmiségi okáról, — hogy ezek tulajdonképen  
„an grobe Unrichtigkeiten geknüpft Nullität“ és ennek  
megfelelően azután azt a határozatot is *contra jus clarum*  
*in thesi* hozottnak tekinti, amelyből a jogszabállyal való  
ellenkezést csak következtetés útján lehet kivenni.

Hogy a rómaiak hogyan fogták fel ezt a semmiségi  
okot, ez különösen a fr. 1. §. 2. D. XLIX. 8., a fr. 19.  
cod. és a fr. 27. D. XLII. 1. egybevetéséből tűnik ki. Az  
utóbbi helyet az előbbiekből kiegészítve világos Modes-  
tinus következő döntése: ha a bíró a törvény világos ti-  
lalma ellenére kifejezetten kamatok kamatjában marasztal,



akkor az ítélet önmagában hatálytalan, de ha a bíró anélkül, hogy egyenesen kimondaná, hogy kamatok kamatjában marasztal, csak egy határozott összeg fizetésére kötelezi az alperest, az ítélet végrehajtható lesz.

A római felfogás tehát az, hogy a bíró nem áll a törvény felett, hanem alatta, és hogy az ítélet nem erősebb mint a törvény, hanem inkább a törvényből meríti erejét. Ha már most az ítéletből magából kitűnik, hogy a bíró a törvénnyel ellenkezően ítél, akkor az ítélet meg nem állhat — körülbelül úgy mint nálunk a törvényellenes rendelet. Ha azonban a törvényellenesség nem tűnik ki az ítéletből, akkor az ítélet megáll, mert az ítélési actust, amely a törvényellenességet constatatálná, ismételni nem lehet.

Ezután értekező megemlíti, hogy az 1883. XXV. t.-c. 21. §-a nálunk is megállapítja a 8<sup>o</sup>/<sub>o</sub>-on felüli kamatra terjedő marasztalás semmiségét, amely törvény értelmezésénél mi is felhasználhatjuk a rómaiak finom distinctióját.

Végül értekező utal arra, hogy a mai jogban a semmis jogerejű ítélet, másként mint a non existens — csupán semmiségi keresettel támadható meg, és hogy de lege ferenda e semmiségi kereset az ítélet megerősítését célzó egészen rokon természetű perújítási keresettel egyesíthető.



## XI.

### AZ ELSŐ BIRÓSÁGHOZ VALÓ VISSZAUTASÍTÁS KÉRDÉSÉHEZ A FELLEBBEZÉSI ELJÁRÁSBAN.\*

Az alábbi fejtegetésekre a budapesti kir. törvényszéknek mint fellebbezési bíróságnak e folyóirat polgári törvénykezési tárában (II. k. 15. sz. 142. alatt) közölt határozata és az ahhoz fűzött szerkesztői megbeszélés szolgált alkalmul.

A kérdés, amelyet a bíróságnak el kellett dönteni, az volt, hogy a köztartozás miatt az adóhátralékos ellen ennek üzletében végrehajtásilag lefoglalt ingóságok zár alól való feloldása céljából van-e igénykeresetnek helye. Az elsőbíróság ezt a kérdést az 1920. évi XXIII. t.-c. 100. §-a alapján tagadólag oldotta meg és az igénylő felperes keresetét ítélettel elutasította. Ez a 100. §. ugyanis a közadók kezeléséről szóló 1909. XI. t.-c. 53. §-ába első bekezdésként betoldandó következő rendelkezést tartalmazza: „A köztartozások miatt vezetett foglaláskor a hátralékos, illetőleg a törvény értelmében a hátralékos helyett fizetésre kötelezett személynél vagy annak lakásán a lefoglalt ingóságoknak zár alól feloldása céljából igénykeresetnek nincs helye.” A fellebbezési bíróság ellenkező nézetben volt és az igénykeresetet azért nem tartotta ki-

\* Megjelent a Magyar Jogi Szemle III. évfolyamának 1922. évi március hó 1-én kiadott 3. számában és a Magyar Jogi Szemle könyvtárának 1922. évben kiadott 14. számában.



zártnak, mert a foglalás az adóhátralékosnak üzlethelyiségében és nem lakásán történt, az idézett 100. §-nak az 1909. XI. t.-c. 53. §-ába második bekezdésként beiktatandó rendelkezése szerint pedig a lakáson kívül történt foglalás esetében az 53. §. rendelkezései irányadók, amelyek az igénykeresetet megengedik.

Hogy ebben a főkérdésben az első vagy a fellebbezési bíróságnak van-e igaza, minket itt nem érdekel. Csak mellesleg jegyzem meg, hogy nézetem szerint a fellebbezési bíróság helyesen értelmezte a törvényt. Amivel mi itt foglalkozni akarunk, ez az a kérdés, hogy helyesen járt-e el a fellebbezési bíróság, amidőn hatályon kívül helyező ítéletével az ügyet további tárgyalás és ítélelhozatal végett az elsőbírósághoz visszautasította.

A fellebbezési bíróság abban a nézetben volt, hogy kizárólag arra az alap- és előkérdésre kell szorítkoznia, hogy az 1920. évi XXIII. t.-c. 100. §-a szerint az igénykereset támaszthatását kizáró eset fennforog-e vagy sem. E nézetét e bíróság azzal indokolja, hogy az elsőbíróság egyéb szempontból nem bocsátkozott a per eldöntésébe, továbbá, hogy ha a fellebbezési bíróság a pert egyéb szempontból, kivált érdemileg elbírálás alá vette volna, ezzel instantia rövidítést követett volna el és végül azzal, hogy a Pp. 506. §-ában előforduló visszautasítási eseteket nem lehet kimerítő és kivételt nem tűrő felsorolásnak tekinteni.

A szerkesztői megbeszélés joggal állást foglal az elsőbírósághoz való visszautasítás törvényes eseteinek kiterjeszhetősége ellen. Ebben egyetértek a megbeszéléssel. Ha reá állunk arra az álláspontra, hogy a fellebbezési bíróság mindig visszaküldeni köteles vagy legalább visszaküldheti az ügyet az elsőbírósághoz, amidőn ez a pert csak valamely u. n. alap- vagy előkérdés elbírálásával döntötte el és egyéb kérdésbe nem bocsátkozott, akkor tág kaput nyitunk a feloldásoknak, amelyek az 1868-iki trts gyakorlatában nem csekély mértékben okozták eljárásunk hosszadalmasságát. Az u. n. alap- vagy előkérdés fogalma magában véve sokkal határozatlanabb, mintsem hogy a feloldások eseteit korlátozhatná. Abban is igaza



van a megbeszélésnek, hogy a fellebbezési bíróság feladata a Pp. szerint nem csupán az elsőbíróság döntésének felülbírálása, hanem az egész ügy eldöntése és hogy a fellebbezési bíróság nincs az elsőbíróság által megállapított tényálláshoz kötve. Mindez összefügg a szóbeliséggel. A szóbeliség mellett a tényállás kiderítése a bíróság közreműködésével történik. Ez éppen a szóbeliségnek egyik nagy előnye. A tárgyaláson kiderülő tényállás tehát a bíróság pervezetési tevékenységétől függ, amelyet a bíróság jogi felfogása irányít. Ha a bíróság az ügyet az eldöntésre megéretnek találja, bezárja a tárgyalást. De egyébként is befolyásolhatja a tárgyalás terjedelmét. Lehet tehát, hogy a tényállás hiányosságának oka a bíróság eljárásában rejlik. Ha pedig a novumok felhozását megengedjük, akkor a fellebbezési bíróság kényelmétől eltekintve nincs ok, amely miatt ez az előtte folyó tárgyalást ezekre a novumokra is ki ne terjessze. A fél érdeke eléggé meg van védve, ha ügyének érdemleges elintézésére két teljes instanciát kap. Instancia rövidítésről tehát szó sem lehet, ha az egyik bíróságnak más a jogi felfogása, mint a másiké. Ami pedig a fellebbezési bíróság munkamegtakarítását illeti, ezt bőven ellensúlyozza az alsóbíróságnak a feloldásokból eredő munkatöbblete és az, hogy a feloldással elintézett üggyel a fellebbezési bíróságnak is rendszerint újból kell foglalkozni. Nagy munkatöbblet származik az elsőbíróságra különösen abból, hogy akkor, ha tarthat a felsőbíró eltérő jogi felfogásából eredő feloldástól, le fogja tárgyalni az ügyet és fel fogja venni a bizonyítást olyan irányban is, amelyben ez nemcsak az ő felfogása szerint, hanem valóban is felesleges. A helyes perökonómia tehát nem jut érvényre. Az 1868-iki trts. tényleg gyakran ilyen instruáló közeg szerepébe kényszerítette az elsőbíróságot. Hányszor rendeltek el felesleges tanukihallgatást csak azért, mert hiszen a felsőbíróság úgy is elrendelné a kihallgatást.

A fellebbezési bíróság ítéletének indokolásában elfoglalt álláspont nézetem szerint annyival inkább veszedelmes, mert — és ebben kénytelen vagyok a megbeszélés felfogásától eltérni — maga a határozat, t. i. az első-



birósághoz való visszaküldés, helyes. Igaza van a fellebbezési bíróságnak. Ebben az esetben valóban megfosztotta volna a feleket egy instanciától, ha az ügy érdemében határozott volna és a Pp. 506. §-a, ha az erre az esetre is vonatkoznék, — valóban tágitásra szorulna. Éppen azért, mert a fellebbezési bíróság a helyes gyakorlati eredmény hatalmas fegyverével támadja meg a Pp. fellebbezési eljárásának egyik gyakorlatilag fontos és üdvös alapelvét, láttam szükségesnek ebben a tulajdonképen nagyon egyszerű kérdésben felszólalni.

A jelen esetben ugyanis egyszerűen a Pp. 518. §-át kellett volna alkalmazni, amely szerint: „ha a megtámadott ítélet az alperes pergátló kifogása felől határozott, vagy valamely hivatalból figyelembe veendő pergátló körülmény alapján mondotta ki a per megszüntetését, a fellebbezési bíróság ítéletében az ügyet, ha további tárgyalása<sup>1)</sup> szükséges, tárgyalás és ítélethozatal végett az első bírósághoz visszautasítja.”

Ez az 528. §. különben egy olyan magától értetődő dolgot mond ki, hogy szinte felesleges volt a §-t a törvénybe felvenni. A pergátló kifogásokra vonatkozó rendelkezésekből is, különösen a 181. §-ból, továbbá a 192. §-ból kétségtelen, hogy a pergátló kifogást elintéző, illetőleg a hivatalból figyelembe veendő pergátló körülmény alapján a pert megszüntető ítélet elleni fellebbezés esetében a fellebbezési bíróság csak a pergátló körülmény kérdésében határozhat és az érdembe nem bocsátkozhatik. Világos továbbá az 504. §-ból is, hogy a fellebbezési bíróság az ügyet érdemleges tárgyalás végett az elsőbíróshoz visszautasítani köteles, ha az alsóbíróság az érdemben nem tárgyalta (504. §. 6. p.), vagy habár tárgyalta, sőt ítelt is, de ez a tárgyalás vagy ítélet valamely, a §-ban felsorolt lényeges hiba miatt semmis.

De el is tekintve ezektől, magától érthető, hogy annak az ítéletnek a feladata, amely felülbírálandó, a fel-

<sup>1)</sup> A kifejezés nem szabatos, a visszautasítás akkor is helyén van, ha az ügyben további tárgyalás nélkül érdemleges ítéletet lehetne hozni. L. Kovács Marcel, a polg. perr. magy. az 518. §-hoz IV.



lebbezési bíróságot is korlátolja. Senki sem fogja kétségbe vonni, hogy a fellebbezési bíróság, amidőn részítéletet bírál felül, azokra a követelésekre, illetőleg a követelésnek arra a részére, amelyet az elsőbíróság a részítéletben el nem bírált, nem terjeszkedhetik ki. Ezt a törvény nem is tartja szükségesnek kimondani. Egyébiránt az 506. §-ból is argumentum a contrario útján következtetni lehet a szabályra. Ez a §. ugyanis két irányban tartalmaz kivételes rendelkezést. Egyrésztől megengedi, hogy amidőn az elsőbíróság az alap és mennyiség szerint vitás követelésnek alapját vagy a perujítás megengedését közbenszóló ítélettel megállapította, (l. 391. és 572. §., amelyekben az 506. §-ra utalás is történik), a fellebbezési bíróság a felülbíralt közbenszóló ítélet feladatán tulmenőleg a mennyiség, illetőleg az ujitott per kérdését is letárgyalja és eldöntse, szóval ne közbenszóló, hanem végítéletet hozzon. Ez a kivétel tehát tulajdonképen instancia rövidítést enged meg. Indokolva van e kivétel az által, hogy abban az esetben, ha az elsőbíróság a követelés alapjának, illetőleg a perujítás megengedhetőségének kérdésében tagadó végítéletet hoz, a fellebbezési bíróság, amennyiben az alapot, illetőleg a perujítás megengedhetőségét megállapítja, az 503. §. általános szabálya értelmében köteles volna a mennyiség és az ujitott per kérdésében is határozni. A másik kivétel, amelyet az 506. §. tesz, az, hogy a fellebbezési bíróság akkor, amidőn az elsőbíróságnak a követelést az alap hiányában, vagy a perujítást a megengedhetőség hiányában elutasító végítéletét felülbírálja, ítéletét, eltérőleg az 503. §. szabályától, az elsőbíróságtól eldöntött kérdésre szoríthatja és a mennyiség, illetőleg az ujitott per kérdésének eldöntése végett az ügyet az elsőbírósághoz visszautasíthatja. Ez a második kivétel különösen azzal igazolható, hogy valamint az elsőbíróság részére, úgy a fellebbezési bíróság részére is lehetővé kell tenni azt, hogy az alap megállapítását és a perujítás megengedését közbenszóló ítélettel mondja ki és az elsőbíróság végítéletére közbenszóló ítélettel válaszoljon.

A §. első bekezdése még azt a rendelkezést tartalmazza, hogy az utódlás kérdését eldöntő közbenszóló



ítélet csak az utódlás kérdésében bírálható felül. E bekezdés megfelel a szabálynak, t. i., hogy a közbenszóló ítélet csak mint olyan bírálható felül; felvétele azért volt célszerű, nehogy abból a kivételes elbánásból, amelyben a §. a közbenszóló ítéletnek másik két esetét részesíti, a közbenszóló ítélet harmadik esetére is következtetést lehessen vonni. Az első bekezdés tehát tiltakozás a §. második bekezdésének analog kiterjesztése ellen.

Az 506. §. ezek szerint egyáltalában nem alkalmas arra, hogy más, u. n. alap- vagy előkérdésekre analogia útján kiterjesztessék. Amint láttuk, az 506. §. az ügy érdeméhez tartozó szorosan meghatározott olyan alap- vagy előkérdéseket tart szem előtt, amelyek közbenszóló ítélettel is eldönthetők. Ilyen érdemleges előkérdést, amely így közbenszóló ítélettel elkülöníthető, az 506. §-ban említeteken kívül a törvény nem ismer.<sup>2)</sup>

Ami ezek után kérdéses lehet, csak az, hogy az első bíróság csakugyan valamely pergátló körülmény felől ítélte-e. Azt hiszem, nem lehet alaposan kétségbe vonni, hogy a Pp. 180. §-a 1. pontjában említett pergátló körülmény felől. Az eldöntendő kérdés az volt, hogy a kereset érvényesítése egyáltalán a polgári peruttra tartozik-e. Midőn az 1920. XXIII. t.-c 100. §-a kimondja, hogy a köztartozások miatt a hátralékos lakásán végrehajtásilag lefoglalt ingóságoknak zár alóli feloldása céljából igénykeresetnek nincs helye, az ilyen feloldási jog állításától megtagadja a perelhetőséget. Kimondja, hogy az ilyen zár alól feloldási jog érdekében, azaz a jog fenn vagy fenn nem állása felől nem szabad tárgyalni és nem szabad ítéletet

<sup>2)</sup> Más kérdés, hogy de lege ferenda nem lehetne-e a közbenszóló ítélet intézményét és ezzel kapcsolatosan, vagy enélkül is az 506. §-t más esetekre is kiterjeszteni, pl. a legitimatio ad causam, azaz az u. n. dologi felperesség és alperesség kérdésére. E kiterjesztés kérdéséhez mindenesetre csak nagy körültekintéssel szabadna nyulni, mert a per anyagának közbenszóló ítéletekkel való elaprózása, különösen, ha ezek ellen fellebbezést engedünk, nagy hátrányokkal is jár, mindenesetre pedig nem szabad felednünk, hogy mentül inkább szaporítjuk azokat az eseteket, amelyekben a fellebbezési bíróság az első bíróság által elbírált kérdések felülbírlására szorítkozhatik, annál közelebb jutunk az 1868-iki trts gyakorlatában kifejtett állapotokhoz.



hozni. A római praetor ilyen esetben denegálta az actiót és egyben a iudiciumot is. Nem állíthatott ki formulát, mert nem mondhatta a iudexnek: si par et condemna, si non absolve. És ugyanez áll a mai bíróra nézve is, ez sem teheti fel magának ilyenkor az ilyen alternatívát.

Hogy a kérdésnek ezt az egyszerű megoldását a jelen esetben senki sem vette észre, ennek egyik oka abban található, hogy a polgári peruttra nem tartozó ügy alatt gyakran csupán a más utra, nevezetesen a bűnvádi vagy közigazgatási utra tartozó ügyet értik,<sup>3)</sup> azaz a kérdést u. n. hatásköri kérdésnek tekintik. Kifejezést nyert ez a felfogás az 1868-iki trtsunkban is, amelynek 8. §-a a bírói hatáskör fejezetében szól az eljárásnak arról az akadályáról: „ha az ügy nem tartozik a polgári bíróságok hatósága alá”. Tényleg ugyan a polgári peruttra nem tartozó ügy leggyakrabban más hatóság elé tartozik, azonban valóban az ilyen esetben a per bírója részére mégis nem a hatáskör kérdéséről, hanem a pertárgy alkalmasságának kérdéséről van szó.<sup>4)</sup> Fényesen igazolja ezt az a körülmény, hogy valamely ügyre nézve a bíróságnak hatásköre és illetékessége is lehet és az akadály mégis fennáll, így pl. ha valamely büntető hatáskörrel felruházott járásbíróság előtt ma polgári uton becsületsértési keresetet indítanak. Az alkalmas pertárgy hiányának perakadályá mindenestre nem abban áll, hogy az ügy más

<sup>3)</sup> Igv Hellwig is, System d. Deutsch. Zivilpr. §§. 18–20. és §. 99. II. 2. b). Igaz, hogy a német perts 274. §-a „Unzulässigkeit des Rechtsweges”-ről szól, aminek ellentéte a közigazgatási eljárás. Egyebekben Hellwig a per tárgyának kellékeiről a 100. §-ban mint magánjogi keresetelőfeltételekről tárgyal. Magyary M. Polg. Perj. 451. l. csak a Pp. 180. §-ának 3. p.-ját („hogy a törvény szerint a polgári pert más hatósági eljárásnak kell megelőznie”) tekinti hatásköri kérdésnek.

<sup>4)</sup> Kétségtelen, hogy a kérdést subjective az eljáró közeg jogosultságának szempontjából is fel lehet fogni és hogy a kérdés az u. n. hatásköri összeütközések esetében ebből a szempontból jelentkezik. Mellesleg szorosan akkor sem hatásköri, hanem hatósági, hatalmi összeütközésről van szó. A hatáskör fogalma a bírói vagy a közigazgatási hatalom megoszlásából keletkezik, ennek a fogalomnak az elnevezését tehát nem volna szabad az egész hatalom megjelölésére is használni. Hogy a perjogász a az objectív felfogás termékenyebb, azt hiszem, világos.



utra tartozik, hanem abban, hogy a polgári perutra nem tartozik. Ez az akadály tehát akkor is fennáll, ha az ügy anélkül, hogy más utra tartoznék, magában véve nem alkalmas arra, hogy pertárgyul szolgáljon. Be nem látható, hogy miért lehessen a polgári per tárgya az az ügy, amelyre nézve egyenesen ki van mondva vagy megállapítható, hogy nem tartozik a polgári perutra, hogy erre nem alkalmas és miért ne lehessen a polgári per tárgya az az ügy, amelyre nézve ez csak indirekte van kimondva az által, hogy az ügy más utra van utasítva. A jelen esetet tarva szem előtt, miért lehessen a polgári per tárgya az igénykereset, amelyet az 1920: XXIII. t.-c. 100. §-a egyenesen eltilt és miért ne lehetne az akkor a polgári per tárgya, ha a törvény azt az adóhivatalhoz utasítaná. Egyenesen megtagadja még a perutat pl. a játékból vagy fogadásból eredő követelésekre nézve a magyar joggyakorlat és a PTK. javaslatának bizottsági szövege is, amelynek 752. §-a szerint az ilyen követelést a hitelező birói uton nem érvényesíthet. Ide tartozik továbbá a HT. 1. §-ának ama rendelkezése is, amely szerint az eljegyzésből a házasság megkötésére keresetjog nem származik. A per és az érdemleges ítélet céljából megállapítható továbbá, hogy bizonyos állítások nem szolgálhatnak pertárgyul. A per a jogvédelemre van rendelve és az ítélet célja valamely jog létezését vagy nem létezését<sup>5)</sup> egyszersmindenkorra köztekintéllyel megállapítani. A per tárgya ehhez képest valamely egyedileg meghatározott jogállítás, a polgári peré rendszerint valamely magánjogállítás.<sup>6)</sup> Nem al-

<sup>5)</sup> Ha itt a rövidség okából jogról szólnunk, ez tulajdonképpen nem egészen szabatos. A perben valamely jogon alapuló követelés nyer elbírálást. Nem a tulajdonjog, hanem a tulajdonból származó követelés (u. n. Anspruch) a per tárgya. Obligatióknál a jog és a követelés összeesik. Az sem egészen szabatos, ha a jog létezéséről vagy nem létezéséről beszélünk. A perben az érvényesíthetés kérdése is, vagy másként a jognak mint érvényesíthetőnek a létezése, elbírálendő. A jog létezhetik, de az alperes kifogási joga miatt érvényesíthetése ez idő szerint vagy örökre ki lehet zárva, pl. megtartási jog, vagy beszámítási kifogás miatt.

<sup>6)</sup> A megállapítási keresetekre nézve fennálló vitát itt nem akarom tárgyalni. Ezekről itt egészen eltekintünk.



kalmas pertárgy tehát az az állítás, hogy az alperes tartozik 1000 K-át fizetni, mert ezzel nincs valamely meghatározott jog megjelölve és mert az ezen állítás felett hozott ítélet nem jogerőre képes. Az ilyen állítás felett hozott ítélet és pedig sem a helytadó, sem az elutasító ítélet nem zárja ki azt, hogy bármely lehető jog alapján 1000 K fizetése iránt indított új perben marasztaló ítélet hozassék. Ugyanez áll abban az esetben is, ha a kereset valamely in abstracto el nem ismert jog iránt indíttatnék meg, vagyis oly érdek iránt, amely jogként elismerve nincs és amelyet jogként megjelölni sem lehet. Ezért pl. a fogadásból vagy játékból eredő követelés a német BGB. szerint sem perelhető, mert ennek 762. §-a kimondván, hogy „durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet“ kizárja azt, hogy eme causa előadásával valamely meghatározott, tehát a polgári peruttra tartozó obligatio megjelöltessék. Mindezekben az esetekben az érdemleges tárgyalás teljesen felesleges és céltalan és annak megtartása nem volna okos dolog.

Mellesleg megjegyzem itt, hogy a Pp. 140. §-a az ügy hiányos megjelölését oly hibának tekinti, amely miatt a keresetlevelet kijavítás végett vissza kell adni és amely miatt a keresetlevelet, ha ez újból hiányosan adatnék be, a 141. §. szerint vissza kell utasítani. Ebből mindenesetre kitűnik az, hogy a törvény a polgári peruton nem érvényesíthető kereset alatt nem érti csupán azt, amely más utra tartozik.

A másik oka a kérdés elhomályosításának az, hogy nem különböztetik meg kellően a perelhetésnek és a per megnyerésének feltételeit. A perelhetőséghez csak az szükséges, hogy a jog, amelyet a felperes érvényesíteni akar, állíttassék, megjelöltessék, ellenben nem szükséges az, hogy az állított jog valóban létezzék is. A perjogi törvényhozó nem indulhat ki abból a felfogásból, hogy a keresetben állított jog valóban létezik. Ebből a kiindulási pontból nem juthat el a perintézmény létesítéséhez, amelynek célja a jog létezésének vagy nem létezésének köztekintéllyel való megállapítása. Ha a törvényhozó abból indul ki, hogy az állított, esetleg egyoldaluan



— pl. közjegyzői okirattal — igazolt jog valóban létezik és érvényesíthető, akkor a jog megvalósításának, a végrehajtásnak szabályozásához kell jutnia.

A bíróságnak tehát midőn a perelhetőség kérdését dönti el, egészen el kell tekintenie attól a kérdéstől, hogy az állított jog valóban létezik-e és hogy létezése igazolva van-e vagy sem, hanem csak annak a megállapítására kell szorítkoznia, hogy a felperes előadásával meg van-e jelölve egy olyan jog, amelynek akár létezését, akár nemlétezését ítéletileg ki lehet mondani, azaz, amely felett érdemben határozni lehet. A perelhetőség felett hozott határozatát tehát a bíróság nem alapíthatja arra, hogy az állított jog nem létezik. Lehetetlen, hogy a bíróság ki mondja, hogy a kereseti jog létezése vagy nem létezése felett, azaz annak érdemében határozni nem lehet és azt azzal indokolja meg, hogy a kereseti jog nem létezését megállapítja, azaz annak érdemében határoz. Ezek szerint a bíróság nem utasíthatja vissza a keresetet érdemleges tárgyalás nélkül még akkor sem, ha magából a felperesi előadásból kitűnik, hogy a kereseti jog létre nem jött, pl. mert a felperes neje ellen perel, egy közöttük szóval vagy magánokiratban létrejött ajándékozási szerződésből az ajándékozott ingatlan átadására. A bíróság ilyenkor sem a keresetlevelet nem utasíthatja vissza, sem a perfelvételi tárgyaláson nem szüntetheti meg a pert, mert a jog, az ajándékozásból eredő követelés határozottan meg van jelölve és perelhető. A felperes ebben az esetben csak az érdemleges tárgyalás után utasítható el, ha ugyan az érdemleges tárgyaláson más tényállás nem derül ki, nevezetesen az, hogy az ajándékozási szerződést közjegyző előtt is megkötötték. A felperes ugyanis a Pp. 188. §-ának 1. pontja szerint is az alperes perbe bocsátkozása után a keresettel érvényesített jog megváltoztatása nélkül annak megalapítására újabb tényeket hozhat fel vagy a felhozottakat kiigazíthatja. Sőt az sincs kizárva, hogy az alperes hozza fel az ügyletnek közjegyzői okirattal való megkötését, de azt valamely más okból érvénytelennek vitatja.

Annak a kérdésnek a megvizsgálása és eldöntése,



hogy az állított jog valóban létezik-e, az érdemleges tárgyalás és ítélet feladata. Még pedig minden irányban, nevezetesen abban az irányban is, hogy az a jog, amely az érdemleges tárgyalásból mint létrejött kiderül, perelhető-e. Például: A felperes vételből perel az alperes által nem szállított áru árkülönbözetének megfizetésére. Ez a jogállítás perelhető. Az érdemleges tárgyaláson azonban kiderül, hogy a felek egyedül közösdei árkülönbözetre irányuló ügyletet kötöttek, amelyből nem származik perelhető követelés. A felperest érdemben kell elutasítani, mert nem igazolta kereseti jogállítását. Amit igazolt, az irreleváns. Más megítélés alá esik a következő eset: A PTK. javaslatának id. 752. §-a 2. bek. kimondja, hogy az olyan követelés, amely a játékból vagy fogadásból származó veszteség biztosítása vagy kiegyenlítése céljából a nyerővel szemben vállalt kötelezettségből ered, bírói uton nem érvényesíthető. Az ilyen című, az ilyen causájú kötelelem tehát nem perelhető. A jav. 1446. §-a szerint azonban a tartozás elismerés a tartozás jogalapjának (causa) kifejezése nélkül is kötelez, vagyis az elismerés maga olyan causa, amelyből — habár az elismert tartozás jogalapjának hiányából vagy hibájából esetleg megtámadható — kötelelem származik. Ezek szerint tehát az, aki tartozás-elismerésből perel, perelhető jogállítást visz perbe. Ha azonban kiderül, hogy az elismert tartozás kártyaadósság, akkor a keresetet érdemileg el kell utasítani. A jav. 752. §-ából és 1447. §-ából<sup>7)</sup> ugyan úgy látszik, hogy az ilyen elismervény bírói uton nem érvényesíthető, azaz nem perelhető. Nézetem szerint azonban az elismerés mindig perelhető cím, csakhogy ilyenkor az elismeréssel magában véve megalapított kötelelem kivételesen ki van zárva. Az eset hasonló ahhoz, mintha váltó kötelezettséget vállaltak volna kártyaadósság fejében. A váltóadós perelhető, de nem marasztalható a kártyaadósság hitelezője vagy a dolosus harmadik javára. A váltóra nézve úgy látszik a

<sup>7)</sup> 1447. §. I. „Kényszerítő jogszabályok, amelyek az elismert kötelelem keletkezését kizárják vagy hatályát korlátozzák, ugyanily hatással vannak a tartozás-elismerésből származó kötelelmre.“



javaslat is ezt az álláspontot foglalja el, amidőn 753. §-ában azt az esetet szabályozza, „ha játékból vagy fogadásból eredő követelés biztosítására vagy kiegyenlítésére a vesztes a nyerőnek váltót vagy más oly kötelező okiratot adott, amelynek harmadik jóhiszemű birtokosával szemben az alapul szolgáló jogviszonyból kifogásnak nincs helye“. A jav. 753. §-a tehát azt a körülményt, hogy a váltót kártyaadósság fejében állították ki, a 752. §-tól eltérőleg nem a birói uton való érvényesíthetést, azaz perelhetőséget, hanem a marasztalást kizáró, az alperes érdemleges kifogásával érvényesíthető körülménynek tekinti.

Látszik ezekből, hogy a perelhetőségnek és az érdemnek megkülönböztetése nem mindig egészen egyszerű dolog. A helyes nézőpontból, azaz teoriából azonban a kérdés mégis biztosan megoldható. Ilyen helyes nézőpontot nyújt azt hiszem az az elmélet, melyet én már mintegy 47 év előtt a keresetjogról irt értekezésemben kifejtettem. Ezzel szemben az u. n. Rechtschutzanspruch theoria, amely a keresetjogot, amely szerintem peralapítási jog, a kedvező ítéletre való joggal akarja helyettesíteni, egyenesen reá vezet a kérdés elhomályosítására. Hogy pedig az egész kérdésnek, melynek minden részletébe itt nem bocsátkozhatom, nagy gyakorlati fontossága is van, azt, úgy hiszem, az itt tárgyalt jogeset is eléggé bizonyítja.



## XII.

### ELNÖKI MEGNYITÓ BESZÉD

a M. Tud. Akadémiának 1916. május 17-én Plósz Sándor akadémiai  
másodelnök elnöklésével tartott LXXVI. közülésén.\*

Tekintetes Akadémia, tisztelt közönség! Midőn annak a megtisztelő feladatnak, amelyet Akadémiánk elnöke szíves volt nekem átengedni, megfelelek, hogy a mai ünnepélyes közülést megnyissam, szabadjon becses figyelmüket rövid időre a jogtudomány részére igénybe vennem. A tárgy talán első pillanatra nem látszik nagyon időszerűnek. Mert hiszen ma még háborúban élünk és a háború nem a jognak, hanem az erőszaknak birodalma. Az a jog, amely civilizált nemzetek között a háborúban is él, a béke rendjének maradványa és a háborúban csak menedékjogot élvez, legalább addig, míg a hadiszükséggel nem kerül összeütközésbe.

A jog a béke rendje. Azonban mi a háborúban is folytatjuk a béke munkáját és készülünk a béke munkájára. Tesszük ezt fokozott bizalommal, amidőn látjuk, hogy nemzetünk minő csodálatos erkölcsi és anyagi erőt tanúsít a harctéren és a harctér mögött. Mindnyájan ápolni és fejleszteni kívánjuk ezeket az erőket a békés munka céljaira is. E végből azonban nélkülözhetetlen a jog, amely elejét veszi az egyesek közötti és a társadalmi

\* Megjelent az Akadémiai Értesítő 1916 évi folyamának 8—10. füzetében. Németül „Über Aufgaben und Methoden der Rechtswissenschaft“ cím alatt az Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XI. kötetének 3. füzetében.



osztályok közötti összeütközéseknek, megkíméli az erők felesleges pazarlását és lehetővé teszi azoknak gazdaságos kifejtését és felhasználását a kultúra érdekében. Bármiként vélekedjék is valaki a jog értékéről, el kell ismer-  
nie, hogy a társadalom nem létezik jog nélkül és hogy a kultúra fejlődésével a jog is fejlődik. Maga a jog is a kultúra egyik alkotó eleme és a társadalom és abban az egyesek boldogulásának elengedhetetlen feltétele. És ami az egyesek társadalmára nézve áll, az áll a nemzetek társadalmára nézve is. Aki a háborút és az azzal járó rettenetes erőpazarlást ki akarja küszöbölni és az örök békét akarja megvalósítani, annak mindenekelőtt egy olyan jogrend megvalósítására kell törekedni, amely a nemzetek közötti érdeköszeütközéseket az emberiség közös nagy érdekeinek irányadó mérlegelésével kiegyenlíti.

Van-e a jognak tudománya és mi annak feladata és melyek a módszerei? Nem gondolunk a jog történetének és a jog pszichológiájának tudományaira, hanem csak azt a jogtudományt tartjuk szem előtt, amely nem léteznék, ha nem volnának esetek, amelyeket jogilag el kell intézni, tehát azt a jogtudományt, amely az alkalmazandó jognak teoriáját akarja megállapítani.

Alig van tudomány, amelynek feladatai és az út, amelyen azt meg kell oldania, azaz módszere annyira vitás volna, mint ezé a tudományé. Sőt vannak jogász-körökben is, kik a jogtudománynak jelentőségét vagy el-  
vétve még tudományos jellegét is kétségbe vonják.

Aki a jogtudomány feladatát csupán abban látja, hogy a törvénynek és a szokásjognak szabályait kiderítse és azok tömkelegében eligazítson, az a jogtudományt legalább is nem fogja valamely magasabbrendű tudomá-  
nyak tekinteni, sőt talán csodálkozni fog azon, hogy az emberek által alkotott jognak megismerése hogyan lehet olyan nehéz tudomány. Ha azután a jogszabályokat még csupán csak parancsoknak tekinti, amelyek az egyéni szabadságot korlátozzák, akkor a jogtudomány nem is lesz előtte valami nagyon rokonszenves.

Kétségtelen, hogy a tudományról alkotott fogalmunk szerint a jogtudománynak tudományos jellegét akkor sem



lehetne megtagadni, ha annak feladata csupán abban állana, hogy a jogszabályok nagy tömegében általánosítás útján tájékoztasson és ez úton azok megismerését előmozdítsa. A jogtudomány nagy jelentőségét pedig tévedéseinek súlyos következményei bizonyítják. Részenben rettetések azok a szenvedések, amelyeket a téves jogi teoriák az emberiségnek okoztak. A büntetés céljának téves felfogása válogatottan kegyetlen büntetéseket, az önvallo más jelentőségének túlhajtása pedig a tortura borzalmait idézte elő, míg az elégelett boszorkányok ezerei egyaránt áldozatai a jogtudomány és a természettudományok elmaradottságának.

Mindazonáltal ezzel még nem intézhetjük el a jogtudomány értékének kérdését. Ha az olyan kiválóan gyakorlati tudománynak, mint a jogtudománynak hasznosságát nem méltányolják kellően és nem méltányolják különösen azok, akiknek számára ez a tudomány készül és akiknek azt gyakorolniok kell, akkor ez a jelenség gondolkodóba ejthet bennünket arra nézve, hogy nincs-e valamely hiba magában e tudománynak állapotában is.

Vessünk mindenekelőtt egy rövid pillantást a jelenlegi jogtudományra, amely abból a nagy küzdelemből fejlődött ki, amelyet a történeti iskola a mult század elején az észjogi iskola ellen megindított és amely az előbbinek győzelmével végződött. Az a felfogás, amely szerint a jog valamely transcendentális tünemény, amelyet úgynevezett aprioristikus úton fel lehet ismerni és kifejteni, azt mondhatjuk, ma már a multé. Nem akarjuk ezzel az észjogi iskolának a jog, különösen az akkori jog javítására irányuló törekvéseit lekicsinyelni, habár valódi eredményeit ez is többé-kevésbé öntudatos empirikus úton érte el.

A történeti iskola a létező jognak mint történeti fejleménynek megismerését tűzi ki feladatául. Evégből felkutatja a jogintézmények eredetét és fejlődését, változásait. Ezt a módszert azután kiegészíti a systematikus, amely elvonás útján magasabb és magasabb fogalmakat alkot és azután ezeket következményeire felbontja. E két módszer közül újabban különösen az utóbbi lép előtérbe.



E két módszer, amely tudományos szempontból nem kifogásolható, kétségkívül nagy eredményekkel gazdagította ismereteinket. A történeti módszer rávezet a jogintézmények valódi alapgondolatára, amelyet más úton alig ismerhetnénk fel. Találó példa erre a sok közül a váltóforgatmány alapgondolata. A forgatmánynak az a sajátos hatása van, hogy az adós az új hitelező ellen már nem teheti meg azokat a kifogásokat, amelyeket a forgató ellen ehhez való viszonyából megtehetett volna. Aki a forgatmány lényegét a jogátruházás gondolatkörében keresi, menthetetlenül beleütközik abba az elemi jogtételbe, hogy senki másra több jogot nem ruházhat, mint amennyije magának van. A rejtélyt, amelynek megoldására részben kalandos kísérletekkel törekedtek, Brunner jogtörténeti kutatásai oldották meg, aki kimutatta, hogy a mi rendeletre és bemutatóra szóló papirjaink a követeléseknek germán jognézetek szerinti átruházhatatlanságából származnak, ami ismét összefügg a régi germán perrel, amelyben a felperes az alperest jogtalansággal vádolja. Ezt a vádat az új hitelező, akinek az adós semmit sem ígért és akivel szemben ígéretét nem szegte meg, nem emelhette. Az élet a forgalom szükségletének nyomása alatt azután a kérdést úgy oldotta meg, hogy az adós ígéretét már eredetileg nemcsak egy meghatározott személy részére, hanem egyebek közt a papiron kirendelt, vagy a papirt bemutató személy részére is tette meg. A forgatmány ezek szerint nem jogátruházás, hanem hitelezőkirendelés az adós ígérete értelmében és az új hitelező közvetlen hitelező, aki ellen a korábbi hitelező ténykedéséből természetesen nem lehet kifogással élni.

Az is kétségtelen és számos példával volna megvilágítható, hogy valamely jogintézménynek általánosabb, magasabb fogalom alá helyezése új világot vet arra és ismereteinket gazdagítja.

Mind a két módszerre még nagy feladatok várnak. Különösen az egyikre az általános vagy összehasonlító jogtörténet eredményeinek felhasználása, a másokra az általános jogtudomány kiépítése.



És mégis kétségtelen, hogy az uralkodó jogtudomány-nak, melyet nagytudású férfiak nagy elmeéllel művelnek és amelynek jóformán áttekinthetetlen irodalma van, eredményében nagy fogyatékoságai vannak.

Az egyik a vitás kérdések nagy száma. Alig van kérdés, amely vitás nem volna. Vitások az olyan alapkérdések, mint a jognak, a kötelességnek, a pernek, a perenkivüli eljárásnak, a keresetjognak, a jogügyletnek fogalmai stb. Jellemző, hogy Windscheid a jogügylet fogalma körül folyó vitában azt javasolja, hogy szorosan véve nem azt kellene mondani, hogy a jogügylet ez és ez, hanem a jogügylet alatt én ezt és ezt értem.

Bármennyire táplálják és élénkítsek is a controversiák a tudományos tevékenységet és bármilyen tág tér nyíljék is ezek folytán a jogtudományban a fogalmak tisztázására és a rossz fogalmak kiirtására irányuló fontos és hálás tevékenység számára, az egyetértés hiánya mégis nagy baj, különösen az olyan tudományban, amelyet so- kan a matematikával szeretnek összehasonlítani és a formális logikai gondolkozás területének tekintenek. A fogalom jelentősége nemcsak abban áll, hogy annak segítségével a jelenségek tömkelegében tájékozódhatunk, hanem abban is, hogy abból következtethetünk és az élet új jelenségeiben eligazodhatunk. A jó fogalomnak tehát nagy gyakorlati jelentősége is van. A gyakorlat azonban megállapodott fogalmakat követel, amelyek alapján biztosan elindulhat. Ha a különböző teoriák között a választást a gyakorlatra bizzuk, akkor tulajdonképpen reábizzuk a tudomány művelését, ami magában véve ugyan nem volna baj, de az elméleti jogtudomány jogosultságát kétséssé teszi. Érdekes, hogy már a rómaiak, akiknek főleg magánjoga túlnyomó részében a jogtudósok által alkotott jog volt, felismerték annak szükségét, hogy a controversiákkal szemben védekezzenek. A római jog fénykorában a császárok kiváló jogászokat az ő tekintélyükkel való véleményadás jogával ruháznak fel, majd a jogtudomány hanyatlásának korában, III. Valentinianus bizonyos régibb jogászok iratait császárilag megerősíti és szabályozza, hogy a vélemények eltérése esetében melyik legyen



irányadó. Végül Justinianus a jogtudósoknak körülbelül 2000 iratából vett töredékekből egybeállítatja a Pandektákat, amelyekben az ellenmondásokat ki akarja küszöbölni, és hogy a jövőre nézve is elejét vegye a contro-versiáknak, midőn e munkát törvényként megerősíti, crimínális büntetés terhe mellett eltiltja annak commentálását, sőt egy bevezető tankönyvet is szerkesztet, hogy amint mondja, a tanulók az alaptanokat a császári tekintély fényétől kapják meg. Milyen iróniája a sorsnak! Justinianus Pandektáin fejlődik ki a hatalmas német jogtudomány.

A másik nagy fogyatékosága a mai jogtudománynak, amelyet ujabban élénken támadnak és példákkal elég bőven megvilágítanak, az, hogy fogalmai a gyakorlatban legalább nem mindig válnak be.

Ezek a most vázolt fogyatékoságok adnak tápot annak a szélteben elterjedt nézetnek is, hogy a gyakorlat és elmélet között ellentét van. Valóban ez az ellentét nem létezik és nem létezhetik, mert minden gyakorlat elméletet tételez fel. Az a ténykedés, amelyet gyakorlatnak nevezünk, mindig valamely elméletnek gyakorlása, habár lehetséges, hogy a gyakorlat kezelőjének ez az elmélet, mint olyan, nem is jutott öntudatára, hanem azt csak utánzasként, szokásból alkalmazza. Az ellentét csak a gyakorlati jogászok és az u. n. elméleti jogászok, a jogtanítóinak elmélete között állhat fenn és áll fenn tényleg nagyobb mértékben, mint más gyakorlati tudományok körében. Hogy mennyiben terheli ezért felelősség a gyakorlatot is, mely elavult vagy önalkotta felületes elméletet követhet, ezt itt nem vizsgáljuk. Bizonyos, hogy a jogtudomány eredményeiben is van hiba.

Hogyan kerüljük el a hibát, hogyan tegyük a jogtudományt gyakorlatiabbá? A törekvés erre, az u. n. classicus jogtudomány legkiválóbb képviselőinél is, megvan.

Mi az oka a hibának?

Mindenekelőtt reá kell mutatnunk azokra a veszélyekre, amelyek a mai jogtudománynak már előbb vázolt módszereiben rejlenek.

A történeti módszernek ismeretes veszélye az, hogy



a multat kellő megkülönböztetés nélkül a jelenre alkalmazza. Éppen olyan hiba ez, mint ha a történettudomány művelője a multat a jelen szemüvegén keresztül akarja megismerni. A systematikus módszer veszélye pedig abban rejlik, hogy kellően meg nem alapozott, egyoldalú abstractiókból indul ki. Fokozza ezt a veszélyt, hogy az elméleti jogász a jogszabályokból, tehát abstractiókból indul ki, amelyek már fogalmilag nem fedik teljesen a valóságot. Ő, amint némelyek előszeretettel mondják, a jog világában él. Érthető, hogy ebben a magaslatban, eltávolodva a realis élettől, elveszti érzékét a valóság felismerésére.

Mind a két veszélyt a gyakorlati jogász már foglalkozásánál fogva elkerüli. Ő az élet tényeiből, a jogesetből indul ki és ahhoz keresi a megfelelő jogszabályt. Ezen az uton fejlesztették olyan nagyra a római jogot a római jogtudósok, akik élénk részt vettek a gyakorlati jogéletben. Az ő módszerüket, amelynek alkalmazását irataik is lépten-nyomon tanusítják, Paulusnak az a remek rövid mondása jellemzi: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat*. Nem a szabályból kell a jogot levezetni, hanem a jogból, amely van, kell a szabályt alkotni. A szabály, amint mondja, a dolgot, amely van, röviden előadja, vagy mint már Sabinus mondja, *quasi causae coniectio*, mintegy az ügynek, a jogesetnek rövid összefoglalása, amely ha valamiben hibásnak bizonyul, elveszti hivatását. A római jogot ma is tanítjuk, nemcsak mert mai jogunknak sok tekintetben alapja, hanem a római jogászok mintaszerű *methodusa* miatt is. A római jog forrásaiból tartott exegeticumok ennek a módszernek el-sajátítását akarják közvetíteni. A helyes jogászi gondolkozást előmozdítani vannak hivatva az egyetemen a tételes jogokból még mindig nem elég nagy számban tartott gyakorlatok is. A római jogászoknak inductiv, mondhatnám természettudományi módszere azonban még mindig nem hatolt be eléggé jogtudományunkba. Pedig már Savigny utal arra a tapasztalatra, hogy egy jogeset valamely jogintézményt olyan élénk világításba helyez előttünk, amint számos könyvnek elolvasása vagy csupán gondolko-



zás útján nem tudnánk elérni. Részemről azt merem mondani, hogy minden rossz theoria a jog tényleges alapjainak elhanyagolásából származik és minden jó theoria a tényeknek tüzetes, körültekintő és elfogulatlan megvizsgálásának eredménye. A feltétlen tisztelet a tények előtt, amelyekkel vitatkozni nem lehet, csirájában megfojtana nem egy új theoriát, megszüntetné a feles számú contro-versiát, a homályt és a bizonytalanságot a jogtudományban és egyben praktikusabbá tenné is azt.

Azonban, honnan vegye az elméleti jogász a tényeket? Hiszen a jogtudomány mégis nélkülözi a természettudományok leghatalmasabb segédeszközét, a tág körben tetszés szerint előidézhető kísérletet. A jogi theoriák próbaköve csupán a gyakorlat, amely az elméleti jogász előtt ma különböző okokból el van zárva — bizonyos fokig ugyan ezen is lehetne segíteni — mindenesetre pedig nem idézhető elő tetszés szerint. Igaz. Azonban az élet tényleges jelenségeit az elméleti jogász is megfigyelheti. Mindenesetre pedig teljes mértékben rendelkezésére áll az elméleti jogásznak is a gondolatban véghezvitt kísérlet, az u. n. Gedankenexperiment, amelynek a természettudományokban is nagy jelentősége van. Ehhez csak józan, az élet medrében mozgó phantasia kell, amely különben minden tudomány művelésében nélkülözhetetlen.

Már az eddigi fejtegetések arra utalnak, hogy a jogtudomány nem lehet és nem is csupán a jogszabályok tudománya, u. n. Normenlehre, hanem hogy annak egyúttal a jogesetek tudományának is kell lennie. Hasonlóan, mint ahogy az orvostudomány nem lehet csupán a gyógyszer-tudománya, még ha ez kiterjeszkedik arra is, hogy az egyes gyógyszereket milyen betegségekben és milyen adagolással kell alkalmazni, hanem annak mindennekeelőtt a betegségek tudományának kell lennie.

Hogy a jognak súlypontja az élet tényállásain, a szabályozandó viszonyokon nyugszik, ez egészen világos a törvényhozó előtt, aki valamely jogszabályt akar alkotni. Ő a tényleges viszonyokból indul ki és szabályait azokhoz és — mondjuk egyelőre — az élet szükségleteihez alkalmazza. Ha tehát kimutathatjuk azt, hogy a jogtudo-



mány feladata a törvényhozási tudomány feladatát is felöleli és hogy közöttük a szellemi munkát illetőleg jó részben nincs különbség, akkor azt is megállapíthatjuk, hogy a jó törvényhozó módszere egyuttal a jó jogtudomány módszeréhez is tartozik.

Az a kérdés, hogy vajjon a tudomány jogforrás-e, azaz van-e jogtudománynak jogalkotó ereje, régóta vitás. Ujabban ezt a kérdést abban az alakban teszik fel, hogy mi a bíró hivatása, csupán a létező jogot alkalmazni, vagy a jogot megtalálni, tehát új jogot is alkotni? Elfogadjuk a kérdést ebben az alakjában is, mert hiszen ha a bírónak feladata új jogot találni, akkor ez egyuttal a jogtudomány feladata is. Nem feszélyezhet bennünket az a körülmény sem, hogy a bíró az adott esetben kötelező erővel találhatja meg a jogot, amit pedig a jogtudomány nem tehet; mert hiszen ha a bíró egyszerűen követi az elméleti jogtudományt, akkor a végén mégis nem ő, hanem az elméleti jogtudomány alkotta meg a jogot. Még az sem érdekel most bennünket, hogy az az új jogi felfogás, amelynek a bíró ítéletében érvényt szerez, valóban már jognak nevezhető-e. Aki abból indul ki, hogy a jog általában kötelező parancs, amely a törvényhozó akaratából vagy a szokásban nyilvánuló népakaratból, közmeggyőződésből származik, az azt a jogi felfogást, amelyet a bíró csak az illető esetre mondhat ki kötelezően, nem tekintheti még jognak, legkevésbé akkor, ha a bíró ítéletét, nézetem szerint is helyesen, nem is tartja parancsnak, hanem sententiának. Mi itt megnyugszunk abban, hogy az állam a bírói ítéletet jogszolgáltatásnak minősíti és azt kötelező erővel ruházza fel, és csak azt a kívánalmat hangsúlyozzuk, hogy ennek az ad hoc alkotott jognak mindenesetre jónak kell lenni.

Az a kérdés, hogy a bíró alkothat-e új jogot, sarkpontja annak a többé-kevésbé heves és többé-kevésbé általánosító támadásnak, amelyet újabban az uralkodó jogtudomány ellen intéznek. A két szélső álláspont közül az egyik az, hogy a bíró csak a törvényből vagy szokásból fakadó és abból kifejthető jogot alkalmazhatja. Ezzel szemben a másik álláspont, amelyet az u. n. Freirechts-



schule foglal el, az, hogy a bíró azokban az esetekben, amelyeket a törvény kifejezetten eldönt, kötve van ugyan a törvényhez, azontul azonban szabadon kell a jogot megtalálnia, u. n. Rechtsfindungnak van helye.

A támadás elsősorban az u. n. Begriffsjurisprudenz és Konstructionsjurisprudenz ellen irányul, amelynek vizsgáltságait kiméletlenül leplezik le. Ez a támadás annyiban kétségtől jogosult, amennyiben az ellen az eljárás ellen irányul, amely a jogot tüskön-bokron keresztül a fogalomból akarja levezetni. De messze túllő a célon, amidőn a fogalmat és constructiót általában lekicsinyli. Egy tudomány sem lehet el fogalmak nélkül és minden tudomány jó fogalmakra törekszik, amelyek segítségével a valót megismerhesse és felismerhesse. Különben a támadást ebben az általánosságban nem is tekinthetjük komolynak. Midőn az új irány egyik kiváló képviselője azt mondja, hogy az eddigi jogtudomány olyan alapot képez, amelyen most már az új irányu jogtudomány elindulhat, maga is elismeri az eddigi fogalmi jogtudománynak fontosságát és nagy következtetlenségbe esik, midőn nem hangsúlyozza azt, hogy az új jogtudomány jobb, megfelelőbb fogalmakra szorul, amelyeket meg kell construálnia. Mások a mai jogtudománynak a jövőre nézve is meg akarnak ugyan kegyelmezni, de amellé, mint alsó jogtudomány mellé egy másik, felső jogtudományt kívánnak állítani. Ez a megosztás, látszólag hasonló a matematikának szokásos felosztásához. Azonban a két matematika igazságai nem ellenkezhetnek egymással, holott a kétféle jogtudomány legalább részben ellentétes eredményekre vezetne. Nem lehetne kétféle jogtudományt azon alapon sem megkülönböztetni, hogy az egyiknek feladata a létező jognak megismerése, a másiké pedig az új jog alkotása, mert amint látni fogjuk, a megismerő és az alkotó feladat elválaszthatatlanul egybefolyik.

Hogy a két álláspont közül választhassunk, előbb azt a kérdést kell megoldanunk, hogy egyáltalában juthat-e a bíró abba a helyzetbe, hogy alkotó tevékenységet kelljen gyakorolnia.

A legszembetűnőbb, de korántsem egyedüli tere az



alkotó tevékenységnek az u. n. hégag. Sokat vitatott és ma is vitás kérdés, hogy vannak-e olyan esetek, amelyeket a bírónak el kell dönteni és amelyekre a létező jogban nem található szabály.

Ez a kérdés nálunk nem is vitatható. Hiszen midőn 1861-ben a magyar törvényeket visszaállították, bíróságaink nap-nap mellett kénytelenek voltak a részben elavult és különben is hiányos magyar jognak hégagait az időközben keletkezett új viszonyoknak megfelelő új joggal kitölteni. Hogy e kiegészítésnél az osztrák polgári törvénykönyvhöz is folyamodtak, talán kelletén túl is, nem változtat a dologon, mert hiszen az osztrák ptkv akkor már nem volt nálunk érvényben lévő jog. Valóban nem is azt, hanem annak elméletét követték. Szabad lesz-e azonban a bíróságoknak ezt a jogalkotó tevékenységet az új magánjogi törvénykönyv hatályba lépése után is gyakorolniok? Mert, hogy az új törvénykönyv idejében is lesznek esetek és különösen, hogy keletkezni fognak olyan tényálladékok, amelyekben az érdekösszeütközések kiegyenlítésre szorulnak, amelyek azonban a törvényben szabályozva nincsenek, ez kétségtelen. Ezt a leggondosabb törvényszerkesztés sem kerülheti el.

Azok, akik a hégag lehetőségét tagadják, azt mondják, hogy ott, ahol a létező jogból nem lehet szabályt kideríteni, ott egyszerűen megszűnik a jog birodalma. Amit a törvény nem tilt, azt meg szabad tenni és amit meg nem parancsol, azt nem kell megtenni. Tényleg ezen az állásponton állanak a büntetőtörvények, nevezetesen a mienk is. Itt ezt az álláspontot különösen a személyes szabadság védelmének érdekében is meg lehet indokolni. De még a büntetőjog körében is előfordult, hogy a Curia hégagot pótolta, amidőn a villamos erőt dolognak és annak eltulajdonítását lopásnak minősítette, másként mint a német Reichsgericht, amely ennek a hégagnak a kiegészítésére nem tartotta magát jogosítótnak.

A magánjogi törvények nem szokták magukat ilyen hégagmenteseknek kijelenteni és nem teszik ezt más törvények sem. Sőt vannak törvények, amelyek utasítást is adnak a bírónak a hégag kitöltésére. Mindenesetre van-



nak a törvényben nem szabályozott esetek, amelyekre nézve magából a törvényből meg lehet állapítani, hogy abba a körbe tartoznak, amelyet jogilag el kell bírálni. Például vita támad arról, hogy kinek tulajdona a vad-orzó által elejtett vad, az értékes szarvasagancs. Hogyan döntsön ebben a kérdésben a bíró, ha a törvény arról nem rendelkezik? A vadászatra jogosított a szabadban uratlan vadat nem foglalta el, tehát a törvény szerint nem szerezte meg a tulajdonjogát, a vadászó tiltott módon sajátította el. Az sem megy jó módjával, hogy az agancs továbbra is uratlan, tehát most már bárki által elsajátítható dolog maradjon.

A most érintett ú. n. valódi hézagokon kívül vannak olyanok is, amelyeket a törvény szándékosan hagy nyitva. Teszi ezt azért, mert a szabályozandó tényállások annyira változatosak, hogy azokat nem tudja megfelelő általános szabály alá foglalni. Kénytelen tehát ez esetre reá illő jognak megtalálását a bíróra bízni, bizonyos utasítással, vagy anélkül. Így a büntetőtörvény több-kevesebb korlátozással a bíróra bízta a megfelelő büntetés kiszabását, a perjogi törvények a bíróra bízák a bizonyítékok mérlegelését, a magánjog pedig reábízza annak a kérdésnek az eldöntését, hogy aki másnak vétklenül kárt okoz, köteles-e azt és mennyiben megtéríteni.

Tágabb értelemben azonban hézagot kell kitölteni a bírónak azokban az esetekben is, amidőn a törvényt csak analogia útján lehet valamely a törvényben eldöntött esethez hasonló esetben alkalmazni; sőt a bíró, ha nem is jogalkotó, de mindenesetre annak megfelelő szellemi tevékenységet fejt ki akkor is, amidőn a törvényt értelmezi. Pedig tudvalevőleg minden törvényt értelmezni kell, mert nem a törvény betűjét, hanem annak értelmét kell alkalmazni.

A különböző értelmezési szabályok között, amelyeket a tudomány ajánl, van az is, hogy a törvényt úgy kell értelmezni, hogy az eredmény okos legyen, mert minden törvény okos akar lenni. Némelyek szerint ezt a szabályt csak kétség esetében kell alkalmazni. Valóban az okos, megnyugtató értelmet mindig keresni kell, mind-



addig, amíg még nem találjuk, — ami rendszerint sikerül is, vagy amíg kétségtelenül be nem bizonyul, hogy a törvény értelme más. Mindenesetre azonban annak, aki a törvény okos értelmét meg akarja állapítani, tudnia kell azt, hogy mikor okos a törvény értelme, hogy pedig ezt megtudhassa, úgy kell eljárnia, mintha új jogot kellene megtalálnia.

Már most az a kérdés, hogy honnan vegye a bíró azt a jogot, amellyel a hézagot ki kell töltenie, vagy amelynek mértékével megítéli, hogy helyes-e az analogia és okos-e az értelmezés eredménye. Talán jogérzetéből? De mi ez a jogérzet? A gyakorlott jó bíró nem ritkán első hallásra, azonnal eltalálja, mintegy megérzi a helyes eldöntést. Ez a jogérzet azonban nem egyéb mint a külső benyomásra megindult gondolatok nagyon gyors és ennéltozva öntudatra nem jutó associatiójának az eredménye. Hasonló ez a jogérzet ahhoz, mint amikor a gyakorlott orvos csak reá néz a betegre és felismeri annak belső baját. Az alapos bíró és orvos is, tüzetesen meg fogja vizsgálni az első benyomásra alkotott véleményének helyességét. Hogyan állunk azonban a laikusok jogérzetével. Mi sugalmazza ezek jogérzetét és általában a jogérzetet, amikor az nem a jognak tudásából, vagy jogászoktól kontárkodásból indul ki? Bizonyára nem más, mint az érdek, az önérdek vagy a rokonszenves érdek, az osztályérdek és fennköltebb gondolkodásuaknál a közérdek. Ebből ítélik meg, hogy valami jó, azaz jogos-e vagy nem.

Hogy mennyire döntő az érdek a jogérzet alakulásában, ezt a most folyó háború is tanúsítja. Kétségtelen, hogy ellenségeink, akik azt állítják és fel kell tételeznünk, hogy legalább részben érzik is, hogy az ő háborújuk a jogos, önző érdekből okozták a háborút, habár, hogy állítólagos jogukat tetszetősen megokolják, az emberiség és a civilisatio érdekeinek védőiként akarják magukat feltüntetni. De mi valamennyien a háború nagy érdekeinek uralma alatt, nem érzünk-e jogosnak sok olyan cselekedetet és intézkedést, amelyet a béke érdekeinek uralma alatt nem tudnánk jogérzetünkkel összeegyeztetni?



Csupán megemlítjük itt, hogy van olyan nézet is, amely a jogot természettudományi értelemben vett természettörvénynek tekinti és ennek felismerésével akarja a jogot megtalálni, anélkül azonban, hogy megmondaná, hogy hogyan lehet ezt az állítólagos természettörvényt felismerni. Mellőzhetjük továbbá azt az irányzatot is, amely a társadalomban és annak egyes körzeteiben élő, az állami, a hivatalnokoknak szóló joggal szembe helyezett jogot akarja felkutatni és felhasználni. Eltekintve attól, hogy ez a sociologikus jog valóban már jognak tekinthető-e, annak igénybevétele mindenesetre beleütköznék a jogegység és a jogbiztonság fontos társadalmi érdekébe.

Az osztrák ptkv. azt az utasítást adja a bírónak, hogy az ú. n. valódi hézag esetében a szorgalmasan összeszedett és éretten megfontolt körülmények tekintetbe vételével a természeti jogelvek szerint döntsön, a legújabb svájci ptkv. pedig arra utasítja a bírót, hogy ilyen esetben azon szabály szerint járjon el, amelye! mint törvényhozó állítana fel, követve ebben a bevált doctrinát és jogtudományt. A két rendelkezés közül bizonyára az utóbbi szabatosabb. Jobb általános tanácsot alig adhatunk a bírónak, mint hogy úgy járjon el, amint az eset felmerültekor a jó törvényhozó eljárna.

Hogyan kell azonban a jó törvényhozónak eljárni? Hogyan és *miből* kell pl. egy jó közegészségügyi törvénynek elkészülni? Természetes, hogy mindenekelőtt meg kell hallgatni a közegészségügy szakértőit. Ezek részletesen ismerik a megvédendő érdeket és a védelem célravezető módját. Mondhatjuk, hogy ők adják meg a törvény lényeges tartalmát. Úgy látszik, csakis tőlük függ, hogy jó lesz-e a törvény, vagy nem. Szinte hajlandók vagyunk kérdezni, hogy mi dolga van ebben az egész törvényalkotásban a jogásznak. Talán csak a formáját adja meg? Nem, sokkal fontosabb feladata van ennél. Nemcsak, hogy ő szolgáltatja a törvény végrehajtásához szükséges intézkedéseket és tényleges megvalósulásának biztosítékait, különösen az ú. n. büntető határozmányokat, hanem bizonyos irányban hozzászólhat a szakértők javaslataihoz is. A társadalomnak ugyanis a közegészség-



ügy felette fontos érdekén kívül vannak egyéb érdekei is. Ezeket szem előtt tartani és a törvény minden intézkedésében gondosan mérlegelve lehetőleg megóvni és érvényre juttatni a jogász feladata. Csak így lesz a tervezett törvényből igazán jó törvény. Azt lehetne talán mondani, hogy nagyon is mesterkéltlen választottuk a példát és hogy vegyünk példa gyanánt egy tisztán jogi intézményt, mondjuk a tulajdont. A tulajdon szorosan összefügg a gazdálkodással. Vadászból élő vándornépek nem ismerik a tulajdont, legalább a földtulajdont. Valamely vadászterületnek egyesek által való kizárólagos lefoglalása beleütköznék a társadalom érdekébe. A földművelés kifejlődésével előtérbe lép a földművelés társadalmi érdeke és kialakul előbb a családi vagy a községi tulajdon, majd utóbb az egyéni tulajdon. Mindez lassankint fejlődik a társadalmi szükséghez képest. Még a régibb germán jog nem ismeri a római tulajdont, hanem Gewere-ről szól, hasonlóan mint a régibb magyar jog nemesi birtokról. Az ősi vagyonban még megvan a családi tulajdon jellege is. A családfő halála esetében nem örökösödésnek, hanem osztálynak van helye, amely bizonyos más okokból is követelhető. Újabban azután egyéb társadalmi érdekek háttérbe szorítják az egyéni gazdálkodás eszméjének megfelelő merev egyéni tulajdonjogot. Közlekedési és egyéb érdekekből kisajátításnak van helye és más tulajdoni korlátozások is keletkeznek. Az elvileg a föld középpontjáig és bolygónk határáig terjedő kizárólagos tulajdonjog kénytelen a bányászat, majd a távbeszélő és a légi járművekkel való közlekedés érdekei előtt is meghátrálni.

Hogy a jog célja érdekvédelem, már régen ismertetes. Különösen a büntetőjog körében. Egy új irányzat a jogot általában érdekmérlegelés eredményének tekinti. Azt hiszem, kénytelenek vagyunk elismerni, hogy ez a felfogás megfelel a valóságnak, de csakis akkor, ha az érdekek alatt, amelyekkel a mérlegelés történik, a társadalmi érdekeket, a közérdeket értjük. A jog védi ugyan a magánérdekeket is, de csak annyiban, amennyiben azoknak általában való védelme egyúttal közérdek is és ezért



a magánérdekeket sohasem egymás között, hanem mindig a közérdekhez viszonyítva értékeli. Az, hogy a kölcsönadó a kölcsön visszatizetését követelhesse, forgalmi érdek, azaz közérdek, de már nem közérdek, hogy a visszafizetést tényleg követelje is. Nem közérdek, hogy a kártyaadósságot megfizessék. Casinókban azonban lehet társulati közérdek, amelyet a casino saját eszközeivel megvéd. Közérdek, hogy a szerződések kötelezzenek, de ez a szabály csak a közérdek korlátai között érvényesül. Az a nagy horderejű szabály, hogy a forgalom ügyleteit a forgalomban divó szokásoknak megfelelően kell értelmezni és kiegészíteni, kétségtelenül a forgalom érdekét védi, de éppen azért ez a szabály csakis addig terjed, ameddig a forgalom érdeke terjed és ezért nem lehet pl. a vendéglőben szokásos borralalót jogilag követelni. És így tovább.

A társadalmi érdekek felismerése, kellő értékelése és harmonikus érvényesülésük biztosítása a jognak feladata. Azok a sokféle társadalmi érdekek, amelyeket a jognak szem előtt kell tartani, és amelyek nemcsak a társadalomnak és a társadalom alkotó elemeinek létét, hanem az általános jólétet is felölelik, a culturával szaporodnak és fejlődnek és azok felismerése és értékelése is a cultura mindenkori állapotától függ. Ezért a jog nagyjában véve a mindenkori culturának fog megfelelni. A bölcs törvényhozó azonban meg is előzheti korát a társadalom valódi érdekeinek felismerésében és értékelésében.

Ha igaz az, hogy a jogtudomány feladata a jogalkotásra is kiterjed, akkor mindez a jogtudomány feladata is. Az újabb irány tulzásaival szemben azonban nyomatékosan ki kell emelnünk, hogy a jog maga is, nevezetesen egyenletessége és megbízhatósága is fontos társadalmi érdek, amelynek megóvása az elméleti és gyakorlati jogtudósok feladata. Fontos érdek ennél fogva, hogy a létező jognak egész tartalma, annak jól kifejtett okos értelme érvényesüljön. A jogszabályoknak analog alkalmazása, a lényegileg hasonló eseteknek hasonló eldöntése szintén nemcsak az emberi gondolkozás természetének



felel meg, amely az ismeretlent az ismerthez kapcsolja, hanem a társadalom érdekének is követelménye. Állandó igazolásául szolgál ez a mai jogtudomány módszereinek is, amelyeket kiegészíteni és javítani kell, de nem elvetni.

Már e rövid vázlatból láthatjuk, hogy milyen nagy és áldásos, de egyúttal nehéz feladatai vannak a jogtudománynak.

A jog Celsus szép meghatározása szerint a jónak és méltányosnak művészete, a jogtudomány pedig Ulpianus szerint az isteni és emberi dolgoknak ismerete, az igazságosnak és igazságtalannak tudománya. Erről az álláspontról azt hiszem, joggal mondhatja Ulpianus, hogy ők, a jogtudósok, ha nem csalódik, az igazi és nem az álphilosophiára törekszenek, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.

Az ülést megnyitom.



### XIII.

## JOGI OKTATÁSUNK REFORMJÁRÓL.\*)

Jogi oktatásunk reformja hosszabb-rövidebb megszakításokkal már mintegy félszázad óta napirenden van. Ez alatt az idő alatt több ízben (1874-, 1883-, 1889- és 1911-ben) foltozgattunk tanulmányi, vagy inkább vizsgálati rendünkön, anélkül, hogy megnyugtató eredményhez jutottunk volna. Joghallgatóink tulnyomó része elhanyagolja az egyetemi előadásokat. Az egyetemi tanulmányok helyébe a vizsgára készülés lépett magántanulás útján, esetleg magán előkészítő tanfolyamok, u. n. szemináriumok segítségével. Az eredmény pedig az, hogy a joghallgatók zöme hiányos, az életben alig használható felületes ismeretekkel lép a gyakorlati pályákra. E tényekkel szemben nem viaszthatjuk magunkat azzal, hogy ugyanezek miatt a bajok miatt Németországban és Ausztriában is panaszkodnak.<sup>1)</sup> Nem is helyezkedhetünk arra az álláspontra, hogy az egyetem feladata a tudomány közlése és ha ennek a feladatának megfelel, egyebekkel nem kell törődnie. Ma, amidőn hazánk fellendülését a munkától várjuk, nem szabad tünnünk, hogy ifjuságunk színe-java egyetemi tanul-

\*) Megjelent a Magyar Jogi Szemle II. évfolyamának 1921. évi jan. hó 1-én kiadott 1. számában.

<sup>1)</sup> L. pl. Zitelmann, Die Vorbildung der Juristen 8. és k. l. Ausztriára nézve pl. Hanausek, Röm. Recht an Österr. Univ. 18. l. „Die durch eine jahrzehntelange Tradition gebildete Überzeugung, dass juristische Vorlesungen und Übungen nicht besucht, sondern nur belegt zu werden brauchen.“



mányi idejének nagyrészt kötelességmulasztásban töltse el és abba belenevelődjék. Ha továbbá azt a jelszót valljuk, hogy „a magyar kultúra felsőbbbségével akarjuk megvívni a jövő nagy harcát“, akkor minden erővel arra kell törekednünk, hogy igazságügyi és általában közintézményeinket és azok kezelőit a kultúrának minél magasabb fokára emeljük<sup>2)</sup> és ezzel egyuttal utját álljuk a szellemi proletáriátus fejlődésének is. A jogi oktatás kérdésének helyes megoldására törekedni ma elsőrangú hazafias kötelesség.

A jogi oktatás elégtelen eredményének okát különösen régebben a hallgatóságban keresték és vélték megtalálni és pedig mindenekelőtt a hallgatóság hiányos középiskolai előképzettségében. Megengedjük, hogy a tanárnak, aki hallgatóival a római jog forrásait akarja olvastatni, ezeknek latin nyelvtudását illetőleg gyakran igen kellemtelen meglepetésben lehet része. A történelmi ismeretek és az általános műveltség hiánya is nem ritkán feltűnő. Nemcsak nálunk, Sperl szerint<sup>3)</sup> a bécsi egyetemen egy hét alatt előfordult, hogy a politikai szigorlaton az egyik jelölt nem tudta, hogy Ausztria (akkor) Oroszországgal határos, a másik Perzsiával mondotta határosnak, a harmadik nem tudta, hogy Fiume akkor melyik államhoz tartozott, a negyedik pedig a francia forradalom idejét a 16-ik századba tette. Még Németországban is kíváncsnak tartanak, ha a középiskola a jogi oktatást inkább előkészítené. Azonban nem szükséges, hogy itt e kérdéssel bővebben foglalkozzunk. A kérdés itt csak az, hogy az adott hallgatósággal a négyévi tanfolyam alatt nem lehet-e jobb eredményt elérni, mint ma. Erre a kérdésre pedig a felelet alig lehet kétes.

A jogi oktatás elégtelen eredményének másik főokát a tanuló hanyagságában, a nemtanulási szabadságban találták. Reformkísérleteink főleg ez ellen igyekeztek vé-

<sup>2)</sup> Wlassics Magyar Jogi Szemle I. évf. VII. sz. 392. l.

<sup>3)</sup> Die Neugestaltung der rechts- u. staatsw. Stud. in. Österr., Beschlüsse u. Anträge der rechts- u. staatsw. Fakultät der Univ. Wien, veröffentlicht von ihrem d. z. Dekan. 1914., 7. l.



dekezni a tanfolyamközi vizsgák szaporításával. Azonban amint már említettük, sikertelenül. A vizsgakényszer nem töltötte meg a tantermeket. Sőt ellenkezőleg. Találóa mondja Finkey, előbb kolozsvári, utóbb pozsonyi egyetemi tanár, 1917-ben tartott rektori székfoglalójában (13. l.), hogy joghallgatóink zöme lassanként — tehát a megszorított vizsgák idejében és Budapesten kívül is — elszokott az egyetemi előadások látogatásától és az in absentia hallgatás valóságos rendszerré nőtte ki magát. Különösen háttérbe szorítja a vizsgakényszer azoknak a tárgyaknak a hallgatását, amelyekből az illető év végén nem kell vizsgát tenni. De a vizsgakényszernek még a vizsgatárgyak hallgatására sincs valami lényegesebb befolyása. A mi vizsgáink ugyanis csak a vizsgára való tanulást kényszeríthetik ki. Az 1911-iki tan- és vizsgarend szabályainak 21. §-a szerint az alapvizsgákon a kérdésnek arra kell irányulnia, hogy vajjon a jelölt az alapismereteket és a velük szorosan összefüggő részletek ismeretét és az egész tárgy feletti áttekintést elsajátította-e. Az ilyen vizsgára való készültséget az előadások látogatása nélkül is meg lehet szerezni, még pedig rövid idő alatt és kényelmesebben. A magánszemináriumok, amelyek felburjánzása a mai rendszernek egyik jellemző következménye, néhány heti előkészület után helyezik kilátásba a vizsga sikeres letételét. Közepes képességű tanuló mindenestre néhány hónap alatt elkészülhet az alapvizsgára, sőt a szigorlatra is. Kétségtelen, hogy ezeken az állapotokon a mai vizsgarendszer keretében is lehetne némileg javítani, olyan intézkedések által, amelyek a vizsgálatoknak színvonalát emelni alkalmasak. A mai vizsgarendszer azonban ez esetben is alig mozdítaná elő a tanár vezetése alatt a tantárgyakkal való folytonos foglalkozást. Erre a vizsga csak akkor lehet alkalmas, ha az előadásokhoz kapcsolódik és annak megállapítására szolgál, hogy a tanuló az előadásokból mit tanul, aminek egyik feltétele, hogy az a tanár (esetleg segéde) vizsgáljon, akinél a jelölt a tárgyat hallgatta. A tanárral való folytonos együttműködés feltétlen biztosítékát különben ez a vizsga sem képezi. Egyebek közt az ilyen vizsgára jegyzetekből is el lehet készülni.



A vizsgarendszeren tulmenő jelentősége van a bécsi jogi és államtud. kar ama javaslatának, hogy a jogtörténeti és elméleti bírói államvizsgán minden jelöltnek egy egyszerűbb gyakorlati esetet kelljen megbeszélés és megítélés végett feladni, a jogtörténeti államvizsgán pedig ezenfelül egy pandektahelyet is értelmezés végett, hogy a vizsgáló a jelölt képességét is megítélhesse.<sup>4)</sup> Ez a helyes javaslat feltételezi azt, hogy a jelöltnek az egyetemen alkalmat is kell adni arra, hogy a tőle megkívánt képességet megszerezze, azaz hogy a jogi oktatás kötelező gyakorlattal egészíttessék ki, amit a bécsi fakultás valóban javasol is.<sup>5)</sup> Ezzel a kiegészítéssel az indítvány súlypontja tulajdonképpen a gyakorlatokra helyeződik át.

A gyakorlatok Németországban a tanulmányi rendszer fontos kiegészítő részét képezik, különösen mióta az egyetemi tanulmányok bevégezése után leteendő u. n. első jogi vizsga előfeltételül bizonyos számú gyakorlaton való sikeres részvétel kimutatását kívánják meg.<sup>6)</sup> A gyakorlatok nemcsak az anyaggal való bänni tudásba vezetik be a tanulót, hanem az elméleti ismeretek jelentőségének és fontosságának felismerését is előmozdítják. E mellett a tanulóknak alkalmat nyújtanak a tanárral való érintkezésre és főleg, ha a gyakorlatban való sikeres részvétel kimutatása kötelező, az egyetemi tanulmányi idő szorgalmasabb kihasználására is ösztönzik, habár a nagyobb szorgalom Németországban főleg csak a gyakorlatokon való részvételben mutatkozik. Népesebb egyetemeken a kötelező gyakorlatok tartása kétségtelenül nehézségekbe ütközik. Különösen az írásbeli kidolgozások felülvizsgálása és megbírálása mértéken felül megterhelheti a tanárt. De ezen is lehet segíteni, pl. ha a tanár a feladott eset kidolgozását változtatva a hallgatóság más-más részétől követeli be, illető-

<sup>4)</sup> Sperl az e. jben i. h. 33, 34. l.

<sup>5)</sup> Sperl az i. h. 23. k. l.

<sup>6)</sup> Érdekes, hogy már az 1670-ben a nagyszombati egyetemmel közölt tanrendszer meghagyja a hazai jog tanárának, hogy a második év délutáni óráiban tanítványaiból bíróságokat szervezve, az ezek előtti peres eljárást gyakorlatilag megismertetni törekedjenek, l. Pauler Tivadar, a budapesti m. kir. tud. egyetem története I. 71., 72. l.



leg a benyújtott dolgozatok más-más sorozatát bírálja meg. Az esetek szóbeli megbeszélése mindenestre azok részére is tanulságos, akiknek írásbeli dolgozata nem került bírálathoz alá. A túlszűrt collegium egyébiránt nemcsak a gyakorlatok tartását nehezíti meg, hanem az u. n. elméleti előadásokra is hátrányos. Az az állapot pedig, hogy az előadásokra a hallgatóság a tanterem felvevő képességét meghaladó számban is beiratkozassék, egyenesen törhetetlen, minden ellenőrzést lehetlenné tesz, sőt a hallgatóknak a beiratkozás és a tandíjfizetés által szerzett jogaival is ellenkezik.<sup>7)</sup>

A hallgatóság szorgalmának biztosítására a gyakorlatok mellett — amelyek elsősorban nem ezt a célt szolgálják — nézetem szerint a szükséghez képest egyéb eszközök alkalmazásától sem szabadna visszariadni. E részben nem korlátozhat bennünket az akadémiai szabadság jelszava sem. Erre a szabadságra nagy súlyt fektetnek, erkölcsi elvnek tekintve azt, amelynél fogva a tanuló szabad akaratból tegyen eleget kötelességének és tanuljon meg szabadságával élni és önállóan cselekedni. Ez okból a többség ellenzi a tanfolyamközi vizsgákat, még abban a szerény mértékben is, amint ez Ausztriában és újabban Bajorországban is, a harmadik fél év végén leteendő jogtörténeti vizsga alakjában fennáll. Még inkább ellenzik az évi vagy éppen félévi vizsgákat, a hetenkénti kikérdezés javaslata pedig egyenesen kuriózum-számba megy. Ellenzik az előadások látogatásának ellenőrzését is. Habár igaz, hogy az önként, kedvvel való tanulás fellette áll a kikényszerített tanulásnak és habár az akadémiai szabadság kétségtelenül emeli az egyetemi oktatás előkelőségét, mégis maguk e szabadság védői is kénytelenek elismerni, hogy e szabadságnak nincs jogosultsága, mihelyt hátrányai felülmulják előnyeit és kiderül, hogy a tanulók többsége nem veszi igénybe a nekik nyújtott oktatási eszközöket.<sup>8)</sup> Egyébiránt a kedvvel való tanulás és a kényszerű tanulás között a különbség nem abszolút,

<sup>7)</sup> Hanausek az i. h. 22. és k. l.

<sup>8)</sup> Gerland, Die Reform d. jur. Stud. 76. I. és az ott idézettek.



hanem csak relativ és nem is arról van szó, hogy a szabadakaratot lenyűgözzük, hanem, hogy támogassuk a szabadakaratnak helyes elhatározását és megakadályozzuk azt, hogy a pillanatnyi kényelem, szórakozási vágy stb. a hallgatót lassankint belekényszerítse az in absentia hallgatásba. Mi mindenesetre túl vagyunk azon a határon, ahol az akadémiai szabadság még az egyetemi oktatás céljának szolgál. De nyíltan meg is tagadtuk már az akadémiai szabadságnak állítólagos tudományos és erkölcsi jelentőségét, amidőn a tandíjmentesektől és az ösztöndíjasoktól nemcsak az előadások szorgalmas látogatásának kimutatását, hanem félévi colloquiumokat is kívánunk. Ha ezekre nézve, kiknek kiképzését kedvezmények nyújtása által is biztosítani kívánjuk, nem káros a szabadság megszorítása, miért legyen ez a többiekre nézve káros?<sup>9)</sup> Ha továbbá tudományos technikusokat lehet bizonyos tanulási kényszer mellett képezni, miért lehessen tudományos jogászokat csak nem tanulási szabadsággal képezni? Ami pedig különösen Németországot illeti, joggal hivatkoztak a katonatiszti képzésre, amely erős kényszerrel jár és mind erkölcsi, mind tudományos szempontból általában elismert kiváló eredményt mutat fel. Az akadémiai szabadság különben nem általában elismert követelménye az egyetemi oktatásnak. Így egyebekközt Franciaországban és Olaszországban a tanulóknak évi vizsgákat kell tenniök. Észak-amerikában pedig még messzebb menő kényszerrel találkozunk, így a Washington egyetemen St. Louisben a tanulók jelenlétét felhívással ellenőrzik és a tanulókat kikérdezik.<sup>10)</sup>

Nagy tévedés volna, ha ezek után a jogi oktatás reformjának kérdését a hallgatóság szorgalmának előmozdítását célzó intézkedések által megoldottnak tekinthetnénk. A hiba mindenesetre nem csupán a hallgatóságban rejlik. Ez eléggé kitűnik abból, hogy más karbeli hallgatósággal szemben az egyetemi tanulmányok elhanyagolása miatt

<sup>9)</sup> L. Hanausek az i. h. 26. l.

<sup>10)</sup> Waller, Rechtsstud. u. Referendariat, 15. és k. l. és Hanausek az i. h. 28. l. 24. j.



nincs vagy legalább sokkal kevesebb a panasz. Éppen ezért nem lehet azt sem mondani, hogy csupán a tanárokbán van a hiba. A baj sokkal általánosabb, mintsem hogy azért egyeseket felelőssé lehetne tenni. A hallgatóság nemcsak nálunk, hanem Németországban és Ausztriában is, a kiváló előadó tanárok előadásait is elhanyagolja. Indokoltnak mu'atkozik tehát ha a hibát a tanulmányi rendszerben keressük, amelyre nézve a gyakorlati pályákon működő idősebb jogászok zömének is az a meggyőződése, hogy az az elméleti tudás, amelyet e rendszer nyújt, az életben jórésztben felesleges, ami pedig abból az életben szükséges, azt az előadások látogatása nélkül is, még pedig kényelmesebben és rövidebb idő alatt meg lehet szerezni.

Ebből a gondolatkörből fakadt azután a reformtörekvésnek az az iránya, hogy az egyetemi oktatást gyakorlatiabbá kell tenni. Ez az irány kétségtelenül helyes. A jogtudománynak, mint kiválóan gyakorlati tudománynak tanításánál természetesen döntő súlyt kell arra helyezni, hogy az, amit tanítanak, a jog művészetének — nem csupán mesterségnek — gyakorlatában szükséges legyen, arra képesítsen. Ez olyan igazság, melyet más gyakorlati tudománynál, pl. az orvostudománynál alig szükséges különösen hangsúlyozni. Egészen helytelen azonban, ha a gyakorlati és tudományos célu képzést egymással szembehelyezzük és a gyakorlati tanítás alatt egy más, minőségileg különböző alsóbbbrangu tanítást értünk. A gyakorlati pályákra is elmélettel kell a tanulókat felfegyverezni és ez az elmélet nem más, mint amelyet az u. n. elméleti jogásznak is tudnia kell. Éppen úgy, mint ahogy orvos-professornak és a gyakorló orvosnak egyaránt tudni kell azt az elméletet, amely a betegségek gyógyításához szükséges, az u. n. elméleti és a gyakorlati jogásznak egyaránt tudni kell azt az elméletet, amely az esetek elintézéséhez szükséges, sőt kívánatos volna, hogy az, aki a jogot tanítja, a gyakorlatban is részt vegyen, vagy legalább gyakorlatilag működött legyen. A betegápolók, bábák, soffőrök, gépkézelők, kezelőhivatalnokok, végrehajtók stb., részére lehet alacsonyabb színvonalu oktatást berendezni



mert ezek nem művészetet, hanem mesterséget gyakorolnak. (Elismerjük különben, hogy az életben a kettő között a határ relatív). Az orvos, a bíró, a magasabb közigazgatási tisztviselő azonban az alkotás körébe eső munkára is van hivatva. Hogy az orvosi gyakorlathoz az alacsonyabb képzés nem elegendő, ez már ki van próbálva. A sebészi tanfolyamokat felhagyták.

Más kérdés, hogy a hivatásos tudósnak nem kell-e azonfelül, amit a gyakorlat emberének is tudni kell, még egyebet is tudni. Mindenesetre helyes, ha őt egyes szakmákra és arra, ami azzal szorosabban összefügg, jobban felfegyverezzük, mint a gyakorló jogászt. Csakhogy erre a célra már nem lehet külön tanfolyamot szervezni és kötött marsrutával dolgozni. Akiben megvan a képesség és a hajlam, aki erre született, abból az általános tanrend mellett is tudós lehet, értve alatta azt és csakis azt, aki a tudományt előbbre viszi. Legfeljebb némi irányítás és tanács lehet célszerű, ami különösen a szemináriumok feladata. Emellett gondoskodni kell azoknak a tudomány-szakoknak behatóbb előadásáról, amelyeknek a gyakorlati pályákra készülőknek csak eredményeit lehet nyújtani.

Az a törekvés, hogy a jogi oktatás a gyakorlati pályáknak megfelelőbben rendeztessék be, mindenesetre arra mutat, hogy a mai tanulmányi rend még a gyakorlat igényeinek sem felel meg, nem azért, mert tulsokat, hanem, mert erre is keveset nyújt.

Kérdés, hogyan tegyük gyakorlatiabbá a jogi oktatást?

Mielőtt e kérdésre megfelelni igyekezném, előre kell bocsátanom, hogy a jogi oktatás alatt az u. n. államtudományi oktatást is értem. Mind a kettőnek feladata abban csúcsosodik ki, hogy társadalmi viszonyoknak olyan elintézésére képesítsen, amely a közérdeknek legjobban megfelel. A jog- és államtudományok elkülönítése fogalmilag nem indokolt. Ha a közjog és a közigazgatási jog államtudományi tárgy, kérjük, hogy a köz- és közigazgatási jognak ágai, mint a büntetőjog, a bünvádi eljárás, a polgári peres és perenkivüli eljárások miért nem államtudományi tárgyak? De a kettéválasztás a gyakorlati élet szem-



pontjából sem kívánatos. Az ügyvédnek a közigazgatási jogot is alaposan kell tudni és a közigazgatási tisztviselőnek nemcsak büntetőjogot és magánjogot is kell alkalmazni, hanem a közigazgatási jog jó alkalmazhatása végett is jogászilag iskolázottnak kell lennie.<sup>11)</sup> Ezzel nem akarom az egyetemi közgazdasági kar jogosultságát kétségbe vonni és pedig a tisztviselőképzés szempontjából sem. A mai államnak olyan feladatai is vannak, amelyek megoldásához beható gazdasági ismeretek szükségesek, amilyeneket a jogi oktatás keretében alig lehet nyújtani.

A jogi oktatást nézetem szerint mindenekelőtt azáltal tehetjük gyakorlatiabbá, hogy a fősúlyt azokra a tárgyra fektetjük, amelyekre a gyakorló jogásznak az életben szüksége van, tehát az élőjogra és különösen a magánjogra, amely minden jogtudománynak mondhatni alap-tárgya. Ezt a jogásznak alaposan meg kell tanulnia, úgy hogy azzal bánni tudjon. A féltudás vagy a tudákoskodás az életben hasznavehetetlen és csak zavart okoz.<sup>12)</sup> Mai tanrendszerünkben különösen a mai magánjog háttérbe van szorítva. A tanulmányi rend a fősúlyt a római jogra helyezi. Mig a többi kötelező tantárgyat általában heti 5 órában, — néhányat 4 órában és egyet 3 órában kell hallgatni, addig a római jogra heti 8 óra van megállapítva. Tekintettel arra, hogy a kötelező tantárgyakat, néhány kivétellel tényleg két féléven át adják elő és hallgatják, a római jog a 8 féléves tanfolyam alatt hallgatandó 160, illetőleg a 7 félév alatt végzőkre megállapított 150 órából

<sup>11)</sup> Az államtudományi és jogtudományi képzettség egyesítését a közigazgatási hivatalnokokra nézve szükségesnek találta az 1911 évi országos jogászgyűlés is. L. különösen Benkő alispán véleményét (az 1911-iki orsz. jogászgy. irom. I. k. 326. és k. I.), Némethy Károly előadó előterjesztését (u. o. II. k. 301. és 349. és k. I.) és a határozatokat (II. k. 353. és 410. I.).

<sup>12)</sup> Erre fektettem a fősúlyt 1889-ben a jogászegyletben a Vécsey által megindított vitában a jogi oktatás gyakorlatiasabbá tétele céljából. Ez volt már akkor a jelszó. Non multa sed multum. Egyes főtárgyra, nevezetesen a magyar magánjogra, a büntetőjogra és eljárásra és a polg. perjogra kívántam a fősúlyt helyezni. Ezt ma is aláírom, habár más irányban nem is követhetem mindenben akkori felfogásomat. (L. Jogt. Közl. 1889. évi 48. és 49. számának mellékleteit.)



valóban legalább 16 órát foglal el, míg a magyar magánjog csak 10 órát, mellesleg ugyanannyit, mint az osztrák jog. Mivel a pandektajog, amelyen a jogtudomány, különösen a német jogtudomány a magánjog dogmatikáját kifejlesztette, tanulmányi rendünkben mellőzve van és a római jog története és rendszere mellett a megszabott óraszámban kellően elő sem volna adható, a magánjog dogmatikáját a magyar magánjogi kollegiumban kellene behatóan előadni; erre azonban a heti 5 óra két féleven át sem elegendő.

Háttérbe van a magyar magánjog annyiban is szorítva, hogy annak hallgatására csak a harmadik évben kerül a sor. Az első év végén a tanulónak a római jogból és a magyar jogtörténetből tekintettel a nyugateurópai jogfejlődésre, — a második év végén pedig a magyar közjogból, a közgazdaságtanból és pénzügytanból kell vizsgát tennie és az illető években ezeket a tárgyakat is kell hallgatnia. Magától érthető, hogy a tanuló ez alatt az idő alatt, egyes kivételektől eltekintve, a magyar magánjogot nem fogja hallgatni és ha arra a második évben be is iratkozik, amit a jogakadémiákra megszabott tanrend kötelességévé tesz, ebben a vizsgatárgyak melletti hallgatásban nem sok köszönet lesz. A közjog kivételével a többi tételes jogok tanítására és tanulására ezek szerint csak négy, esetleg csak három félév marad.

Részemről mai tanrendünk legfőbb hibájának a tanulmányok sorrendjét tartom.

A mai tanulmányi rend a tanulót, aki a gimnáziumban 8 éven át arra készült, hogy képes legyen közvetlenül az életnek tanulni és most már azzal a vággyal van eltelve, hogy megismerje azt a feladatot, amelynek életét szentelni akarja, ismét csak előkészítő tanulásra utalja.<sup>13)</sup> Idegenszerű, részben elavult és e mellett nehéz anyaggal kell megbirkóznia, amelynek hasznát nem képes belátni. Nem csoda, ha nem buzgólkodik az előadások látogatásában, hanem mindjárt tanulmányi ideje kezdetén beleszokik az előadások látogatásának elmulasztásába.

<sup>13</sup> Zitelmann az i. h. 12. és k. l.



Ez a berendezés didaktikailag is kifogás alá esik. A tanítást azon kell kezdeni, ami a tanulóhoz közel áll, hogy így az ismertből haladjon az ismeretlenhez. E helyett a tanulmányi rend mindenekelőtt régi idegen világba akarja a tanulót behelyezni. Mert hiszen a régi, letűnt kor jogának megértéséhez abba a korba kell magunkat beleképzelni, amelynek viszonyait az a jog szabályozta.

Amidőn a mai osztrák eredetű tanulmányi rendünk a jogképzés súlypontját a római jogra helyezi, német minta után indul. E mintának követése azonban nem volt indokolt. Németországban ugyanis a római jog egészen a legújabb időkig mint u. n. közös jog — *gemeines Recht* — élőjog volt. Ha tehát ott a tanuló az első, rendszerint a rövid nyári félév után, amelyben a római jog institutióit hallgatta, a második félévben a pandektákat tanulta, már az élő joggal foglalkozott. Igaz, hogy Németország nagy részében, *particularis* kodifikált jogok is voltak érvényben és hogy ezeken a területeken is fenntartotta magát a római jognak a tanfolyam kezdetén való beható tanítása. De ennek politikai oka is volt. A közös jog mivelésében az összetartozás is kifejezésre jutott. Az új német polg. tkv. megalkotása óta a jogi oktatás képe Németországban is megváltozott. A pandektajog előadása helyébe most már a német polg. tkv. előadása lépett nagy (18—20) órásszámmal, rendszerint már a második félévtől kezdve két-három féléven át. (A porosz igazságügyminiszter rendelete szerint a polg. tkv. előadásai a tanulmányi idő első felében hallgatandók.) A római jogot ma már rendszerint csak az első félévben hallgatják, a római jog története és a római jog rendszere című 4 és 6—8 órás *collegium*okban, míg a német jogtörténet az első vagy a második félévre, a német magánjog pedig a második félévre van ajánlva 4 és 4 vagy együtt 8 órás *collegium*ban. Mellesleg érdekes, hogy Gerland<sup>14)</sup> szerint az élőjog előtérbe helyezése óta a hallgatók az előadásokat szorgalmasabban látogatják.

A német mintának ezek szerint az felelt volna meg,

<sup>14)</sup> Az i. h. 14. l.



hogy Ausztriában a pandektajog helyett az osztrák ptkv.-re kellett volna a fősúlyt helyezni és a jogászképzést azon már a második félévben megkezdeni. Még inkább áll ez reánk nézve, kikre nézve semmiféle politikai indok sem forog fenn, hogy a magyar jogot a pandektajoggal háttérbe szorítsuk.

Ujabban egyébiránt Ausztriában is felmerült az a törekvés, hogy a római jog és általában a történeti tárgyak tanítása korlátoztassék. A bécsi jog és államtud. kar 1914-ben a római jog előadását 20 óráról 15 órára, a német jogét 10 óráról 8-ra, az egyházjogét pedig 7 óráról 5-re javasolja leszállítani. A római jognak 15 órájából azonban a kar csak 8 órát szán a római jog történetének és institutióinak, 7 órát ellenben az eddigi pandekta collegium helyett a mai magánjogba a német közös jog alapján való bevezetésre kíván fordíttatni.<sup>15)</sup> Még tovább megy az osztrák közigazgatási reform tárgyában kiküldött bizottság, mely 1913-ban megjelent indítványában a római jog tanítását 10 órára, a német jogtörténetét és magánjogét 4—4, az egyházjogét pedig szintén 4 órára kívánja leszállítani, a jogtörténeti államvizsgát pedig az első év végére áthelyezni.<sup>16)</sup> Ezeknek a javaslatoknak megvalósítása esetében a római jog a magyar egyetemeken nagyobb óraszámban adatnék elő, nemcsak mint Németországban, hanem mint Ausztriában is.

Ujabban továbbá általában mindinkább szaporodnak annak a felfogásnak a hivei, hogy a jogi tanulmányokat az élő joggal kell megkezdeni. Habár a bécsi fakultás nem követi is ezt a nézetet, mégis lehetők tartja, hogy a jövő fejlődés ebbe az irányba fog haladni.<sup>17)</sup> Az osztrák közigazgatási reformbizottság pedig mérlegelve a jogtörténeti bevezetés ellen és mellett szóló érveket, arra az eredményre jut, hogy a jövő azé a felfogásé, amely szerint jobb a jogi oktatást az érvényben lévő jognak és

<sup>15)</sup> Sperl az i. h. 13. és 14. l.

<sup>16)</sup> Anträge der Kommission z. Förderung der Verwaltungsreform betr. Die Reform. der Rechts- u. staatsw. Studien (1913) 31., 41-43. l.

<sup>17)</sup> Sperl az i. h. 15. l.



tényleges viszonyoknak előadásával megkezdeni és ezidő szerint a reformot csak még nem tartja kellően előkészítettnek; nincsenek meg a tanárok, könyvek, intézmények.<sup>18)</sup> a német irodalomban is tekintélyes, talán túlnyomó azok száma, akik a jogi oktatást az élő jogokkal kívánják megkezdeni.<sup>19)</sup> Legújabban Heymann berlini egyetemi tanár, aki a jogtörténeti tárgyak további háttérbe szorítása ellen harcol, oda nyilatkozik, hogy a római jogtörténet 4 órás előadásának hibája — amint azt maguk a romanisták is elismerik — csak abban rejlik, hogy az első félévbe esik, továbbá, hogy a fődolog mindig az marad, hogy a jogtörténeti előadás egy későbbi semesterre tolassék át és ekként a kezdőnek a történeti anyaggal való elnyomása elkerültesse, amit régi idő óta kellemetlenül éreznek és ami a bajnak tulajdonképeni oka.<sup>20)</sup>

Azok az okok, melyeket a jogi oktatásnak a jogtörténettel való megkezdése mellett felhoznak, részben a jogtörténet oktatásának szükségességére általában vonatkoznak. Ide tartozik az a különben elég gyenge érv, hogy a hallgató a jogtörténeten megtanulja a jognak relativitását. Ezt a tudomást sokkal olcsóbban, nevezetesen a különböző államokban érvényes jogokból vett szemelvényekkel is közölni lehet. Mindenesetre pedig be nem látható, hogy miért kelljen ennek a tudásnak a megszerzésével annyira sietni. Egy másik sokat hangoztatott érv, hogy a jogot annak története nélkül nem lehet tudományosan tanítani. Legkevésebbé sem akarjuk kétségbe vonni, hogy a jogtörténet tanítása is a jog tudományos tanításához tartozik, de az talán mégis egy kissé sokat mond, aki azt állítja,

<sup>18)</sup> Az i. h. 31. l.

<sup>19)</sup> L. Gerland az i. h. 105. j. és az ott idézettek, ahol egyébiránt olyan írók is azok közt vannak felsorolva, akik a jog történetét a tanulmányok végére kívánják helyezni, akik a tanulmányi idő közé eső gyakorlatot javasolnak, mint Zitelmann, Waller. Az élőjoggal akarják megkezdeni a tanulmányokat még Kitz, Die Ausbild. d. jungen Juristen, 38. és k. l., Börngen, Die Ausbild. d. Juristen 16. és k. l. Az osztrák közíg. reformbizottság szerint a jogtörténet képviselői már a defenzívában vannak, l. az i. h. 41. l.

<sup>20)</sup> L. Heymann, Rechtslehre u. Rechtsgeschichte, Festgabe für Liebmann, 302, 303. l.



hogy a jogtörténet nélkül nincs jogtudomány. Hiszen a római jogászok, kiket a jogtörténészek is mesterekként tisztelnek, nem voltak jogtörténészek, mindenesetre pedig nyoma sincs annak, hogy arra csak gondoltak volna is, hogy a jogtanítást azoknak a jogrendszereknek előadásával kezdjék meg, amelyből a római jog merítettett. A jogtörténet nem maga a jogtudomány, hanem annak egyik, habár értékes metódusa, amelynek segítségével a mai jognak intézményeit, azoknak alapjait felderítve és fejlődési menetét követve, jobban megértjük. A jogtörténetnek olyan tanítása, amely bevezetésül a római jognak és a középkori jogok vázlatának megismertetésére szorítkozik és azután a további fejlődés és kapcsolat kifejtése nélkül egyszerűen bemutatja a tanulónak a mai jogot, nem felel meg a jogtörténeti metódusnak és a jogtörténeti iskola kívánalmának sem. Azt lehetne ugyan mondani, hogy a jogtörténeti tárgyak előzetes előadása éppen azért szükséges, hogy a hallgató a mai jog tárgyalásánál előadandó jogtörténeti vonatkozásokat megérthesse. Azonban a mai jogintézmények történeti előzményeinek megmagyarázását a jelenlegi tanulmányi rend mellett sem lehet mellőzni, mert egyrészt a jogtörténeti előadásokban azokra a részletekre, amelyek a mai jogintézmények kifejlődésének megérthetéséhez szükségesek, jobbára nem lehet kiterjeszkedni, másrészt pedig, mert a tanuló arra, amit első éves korában tanult, mint harmad- vagy negyedéves, többnyire már legfeljebb csak homályosan emlékezik. De ahhoz, hogy a hallgató a történeti fejlődést megérthesse, általában véve nem is szükséges, hogy azt a jogot, amelyből az intézmény származik, egész rendszerében ismerje.

Mindez arra az érvre is válaszol szolgálhat, hogy a római jog mai magánjogunknak alapjoga, a modern magánjogoknak „egyetemes alapeleme, *ius gentium*”. Ez sem indokolhatja, hogy a római jog az ő idegenszerű alkatelemeivel együtt a mai jog előtt taníttassék. Ha pedig a római jogból csak azt adjuk elő, ami ma is érvényes, akkor nem adjuk többé a római jogrendszert elő.

Mellesleg megjegyzem, hogy mai tanulmányi ren-



dünk nem következetes. Mai jogunknak egyik alapjoga az egyházjog is. Ezt a tárgyat azonban az 1874. vizsg. szab. kiküszöbölte a jogtörténeti tárgyak közül és az államtudományi államvizsgába utalta „mint az egyházak alkotmányi és közigazgatási jogát”.

Azt mondják továbbá, hogy a római jogot a római mesterek jogász művészetének elsajátítása végett is tanítani kell. Hogy a római jogászok methodusa — nevezetesen, hogy folytonosan eseteket tartanak szem előtt — mintaserű, sőt, hogy azt a mai jog művelésében még mindig nem követhetjük eléggé, magam is vallom. Azonban e methodus elsajátításának közvetítése végett nem szükséges, hogy azt a kezdőknek idegen jogon és idegen világból vett példákon mutassuk be, holott a mai jogélet is elég sok érdekes és tanulságos esetet szolgáltat, amelyeknek helyes eldöntése tartalmilag is maradandó, az életben használható értéket képez a hallgató részére. Felhozzák végül a római jog rendszerének és különösen a pandektajog dogmatikájának tökéletességét is, amelynél fogva az a legalkalmasabb arra, hogy a tudományos magánjogi képzésnek alapját képezze. Erre válaszunk röviden az, hogy a római jog irodalmában elraktározott tudományt a mai magánjog előadásában is fel lehet és kell használni, amint ezt különösen Unger System des österr. allgem. Privatrechts című munkájában tette, amelynek nem csupán az osztrák jog irodalmában van jelentősége, hanem amely a magánjog irodalmában általában számot tesz. A pandektajog ily felhasználásával a mai magánjog előadása a nálunk ugyan nem kötelező és Németországban is általában felhagyott pandektajogi előadásokat mindenestre pótolhatja. A jogi oktatásnak a jogtörténeti tárgyakkal való megkezdése ellen szól mindenestre az, hogy a mai tanulmányi rend általában nem nyújtott kielégítő eredményt, nem érte el a kitűzött célt. A tapasztalat ellene szól ennek az egymásutának. Egyes kivételektől eltekintve, nincsenek jogtörténetileg iskolázott jogászaink, akik ismernék a jogintézmények történeti fejlődését, vagy annak megismerésére csak törekednének is. A mai rendszer eredménye a valóságban az, hogy az egyetemről kikerült



jogász sem a jog történetét, sem a mai jogot nem ismeri eléggé. A jogtörténet háttérbe szorítja az élő jogot és a jog ismeretének hiánya meggátolja a jogtörténet kellő elsajátítását. A többféle jognak féltudása pedig csak zavarólag hat mindegyiknek felfogására. Ez a sorrend tehát felesleges idő- és erőpazarlással jár, amelyet különösen ma lehetőleg kerülnünk kellene.

Talán nem szükséges az ellen a vád ellen védekezni, hogy a jogtörténet tanítása ellen küzdök. Csak a sorrend ellen van észrevételem. Egyebekben a jogtörténetnek az eddiginél behatóbb tanítását óhajtom. Nézetem szerint a jogtörténetet egyrészt az egyes jogintézmények előadásánál kell felhasználni, másrészt pedig a tanulmányi idő vége felé a haladottak részére összefüggésében is előadni. A jog történetét a szigorlatok tárgyául is fel kellene venni, a magántanár képzésénél pedig súlyt kellene helyezni arra, hogy a leendő tanár a jog történetében is jártas legyen, és ha magánjogász, különösen a római jogot alaposan ismerje.

Anélkül, hogy a tanulmányi rend részleteibe tüzetebben belebocsátkoznám, megemlítem, hogy a magyar közjog, amelyről az alkotmánytörténet elválaszthatatlan, már az első félévben előadandó volna, míg a magyar magánjog előadását a második félévben meg kellene kezdeni. Megemlítem továbbá, hogy a mai tanrendben a magánjogra megállapított óraszámot tetemesen fel kellene emelni, hasonlólag a magyar közigazgatási jog óraszámát is, mely heti 4 órával még akkor is nagyon alacsonyan van megállapítva, ha annak előadása két félévre terjed. Általában a mai tanulmányi rend óraszámait szükséges volna revideálni. A sablonos 5 óra, egy féléven át gyakran kevés, két féléven át pedig sok. A revíziónál különben lehetőleg az óraszám mérséklésére kellene nézetem szerint törekedni, hogy a hallgatóságot a nagy órászámmal és a könyvből is elsajátítható anyagnak terjengős előadásával tulságosan meg ne terheljük.

A gyakorlatban nem elég a jogszabályokat tudni. Ismerni kell az életet, a jog által szabályozott viszonyok természetét és az azokhoz fűződő társadalmi érdekeket



is. Hogy ezek az ismeretek az élet követelményeinek megfelelő, megnyugtató bíráskodáshoz szükségesek és hogy ezek az ismeretek a mi jogászbíráinkban nincsenek meg a kellő mértékben, ezt az az újabban mindinkább erősödő törekvés is mutatja, amely a bíráskodásba a laikus elemet, különösen mint szakértőbírákat be akarja vonni. Az érintett ismereteknek a gyakorlati pályákon való fontosságát, német minta után indulva,<sup>21)</sup> elismeri nálunk az egységes bírói és ügyvédi vizsgáról szóló 1913: LIII. t.-c. is, amelynek 4. §-a szerint a 3 évi joggyakorlatból 6 hónap, 27. §-a szerint pedig a 2 évi utógyakorlatból egy év olyan nagyobb gyári vagy közlekedési vállalatnál vagy pénzintézetnél is tölthető, ahol a joggyakorlat szempontjából értékes ismereteket lehet szerezni. Ha ez a gyakorlat a bírora és ügyvédre nézve hasznos, akkor nyilvánvalóan az ennek a gyakorlatnak intenzitását előmozdító idevágó elméleti oktatásnak is üdvösnek kell lenni. Áll ez annnyival is inkább, mert a szabályozott viszonyok természetének ismerete nem csupán külső adaléka a jogtudománynak, amely mint ilyen, a gyakorlatnak tartható fenn, hanem a jogtudományoknak lényegéhez tartozik, magának a jogtudománynak alkateleme. A jogtudomány nem csupán jogszabálytan, hanem jogesetek tudománya is, éppen úgy, mint ahogy az orvostudomány nem csupán a gyógyszerek tudománya, hanem a betegségek tudománya is. Az életviszonyok természetének és az azokhoz fűződő érdekeknek ismerete nélkül nem lehet a jogszabályokat sem alaposan ismerni, t. i. *vim ac potestatem scire*. Ezt már a római jogászok tudták és átértézték. Ulpianus definitiója szerint: *iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia*. Ezt a definitiót, amelyet Justinianus *Institutioi* is átvettek, nem lehet tulzásnak mondani,<sup>22)</sup> különösen ha a divina-

<sup>21)</sup> L. Wenger, *Das jur. Studium an der d. Univ.* 29. k.

<sup>22)</sup> Kitz szerint, az i. h. 8. l., e definitio „in einer an Grössenwahn streifenden Formulierung“ jelzi a — helyes feladatot. Részemről e definitióban rejlő mély gondolatot és nagy igazságot a tud. Akadémia 1916 évi ünnepélyes közülésében a jogtudomány feladatáról és módszereiről tartott elnöki megnyitó beszédemben (Akad. értesítő 1916. évf.



rum rerum notitiát a sacralis jogra vonatkoztatjuk, hanem az alapját képezi a római jogászok művészetének, annak kulcsát adja a kezünkbe. A forgalmi életnek és a forgalom érdekeinek alapos ismerete képesítette a római jogászokat annak a forgalmi jognak megalkotására, amelyet ott, ahol a mai forgalom viszonyai azonosak, ma is többnyire mint a legjobbat követünk. Bizonyos, hogy az ú. n. Weltfremdheit, amelyről ma Németországban a bírakat gyakran panaszoznak, távol állott a római jogászoktól. Egyébiránt nem szükséges ilyen messze mennünk. A dolog egészen világos. Aki meg akarja mondani, hogy pl. a fuvarozási ügyekben mi az igazságos, annak mindenképp előtte ismernie kell a fuvarozási ügyek természetét és érdekeit. Így tesz a törvényhozó is, aki a szabályozandó viszonyokból indul ki, és az azokhoz fűződő érdekeket esetleg szakértők segélyével megismerve, alkotja meg a megfelelő jogot. Hogy a bírónak és általában a gyakorló jogásznak és ennél fogva természetesen annak is, aki őt az életben alkalmazandó elméletre tanítja, jogalkotó, a törvényhozóéval azonos szellemi tevékenységet is kell kifejteni, más alkalommal igyekeztem kifejteni. Itt csak azt említem meg, hogy erre a tevékenységre nem csak azokban az aránylag ritka esetekben kerül a sor, amidőn a törvényben öntudatlanul vagy tudatosan hagyott hézagot kell kitölteni, hanem azokban az esetekben is, amidőn a törvényt értelmezni kell, tehát mivel a törvénynek nem a betűjét, hanem értelmét kell alkalmazni tulajdonképpen mindig, habár az értelmezés a megszokott sablonos esetekben nem is lép előtérbe. Az értelmezésnek ugyanis egyik igen fontos szabálya az, hogy az értelmezés eredménye okos legyen. Ez a szabály nem csupán kiegészítő. Az okos értelmet nemcsak kétség esetében, hanem mindig keresni kell, míg meg nem találjuk, vagy míg kétségtelenül be nem bizonyul, hogy a törvény értelme más.

8—10 f., németül az Archiv f. Rechts u. Wirtschaftsphilosophie XI. k. 3. füzetében) kiemeltem. Megjegyzem itt egyúttal, hogy e megnyitóbeszéd képezi fenti fejtegetéseim alapját. A szövegben ebből tulajdonképpen csak a következtetéseket vonom le a jogtanításra vonatkozólag.



Mindenesetre azonban annak, aki a törvény okos értelmét meg akarja állapítani, tudnia kell azt, hogy mikor okos a törvény értelme, hogy pedig ezt megtudhassa, úgy kell eljárnia, mintha új jogot kellene alkotnia.

Ezek szerint tehát a jogászt a jogalkotásra is elő kell készíteni, azaz a különböző érdekeknek felismerésére és azoknak a közérdeknek megfelelő értékelésére. Nem lehet mondani, hogy ebben az irányban tanrendünkben semmi gondoskodás nem történt. A nemzetgazdaságtan, pénzügytan és a statisztika kötelező tantárgyak és a két előbbi vizsgatárgy a jogtudományi szakra készülők részére is. Ezeket nem szabadna természetesen ezentul sem mellőzni. Ellenkezőleg, főleg a statisztikára nagyobb súlyt kellene helyezni, mint eddig, nevezetesen azt nem a tanulmányok végére, hanem elejére kellene tenni, amint ezt részemről már egy Jankovich miniszter által tartott szaktanácskozáson ajánlottam. Némileg hasonló ehhez az osztrák közigazgatási bizottságoknak az a javaslata, hogy a tanulmányi idő első félévében egy háromórás kollégiumban a „társadalomtan (a társadalmi és gazdasági élet tényei és teoriái)” adassék elő. Azonban ami előttem lebeg, ezzel még sem esik egészen össze. Egyrésztől én a pusztá teoriákat mellőzném és csak a tényekre szorítkoznék, másrésztől pedig a mai társadalom tényeinek és viszonyainak leírását terjedelmesebben adnám elő, mint ahogy azt egy félévi 3 órás kollégiumban tenni lehet. A tárgyat sociografiának is lehetne nevezni, de a statisztika elnevezés helyesebbnek mutatkozik, mert ez egy kész tudományt jelöl meg, amelynek köre ismeretes. Egyébiránt ez az elnevezés nem zárja ki, hogy a tárgy terjedelme a tanulmányi rendben részletesebben meghatározassék.

A közgazdaságtan általános tanítása mellett szükséges volna, hogy a joghallgató az egyes gazdasági ágakkal és az azokhoz fűződő érdekekkel is megismerkedjék. Nem szükséges, hogy ezt az ismeretkört nagyon tágra kiterjesszük. Meg kell elégednünk azzal, ha a jogász megértő szemmel tudja nézni az életet, ha érzéke van az életviszonyokhoz fűződő érdekek iránt. Ezzel elhárítottuk



azt a vádat is, mintha gazdasági féltudósokat akarnánk nevelni. Ezt az ellenvetést egyébiránt senki sem teheti meg, aki kíváncsún tartja, hogy a jogász törvényszéki orvostant vagy elmeorvosátságot hallgasson. Annyival kevésbé, mert az egyes gazdasági szakok mindenesetre sokkal közelebb állanak a közgazdasági tanulmányokat végzett jogász felfogásához, mint a törvényszéki orvos, úgy hogy ezekre nézve alapos és kimerítőbb ismeretek megszerzése sem ütköznék különösebb nehézségbe.

Magától érthető, hogy nagyon kíváncsún, hogy a jogi előadásokban utalás történjék a jogszabályok tényleges alapjaira és a védett érdekekre (ez a *ratio juris*), ezenfelül azonban gondoskodni kellene arról is, hogy a tanulónak alkalmat legyen egyes gazdasági szakokban a szükséges ismereteket megszerezni. A svájci egyetemeken, különösen a kereskedelmi szaktól tartanak a jogi karon előadásokat.<sup>23)</sup> Az osztrák közigazgatási reform-bizottság javaslata szerint egyebek közt a következő tárgyakból kellene a jog- és államtudományi karon az előadásokat biztosítani, u. m. az agrárjog- és agrárpolitikából, az ipari jog- és ipari politikából, a kereskedelmi és forgalmi politikából, a szociális politikából és szociális biztosításból, a könyvvitel- és mérlegtanból, a technológia alapvonaliból.<sup>24)</sup>

A szabályozott viszonyok természetének megismerése a jogásznak nemcsak a jogtudományba való mélyebb behatolását mozdítaná elő, hanem életképeesebbé is tenné őt, amire most különösen szükségünk van.

<sup>23)</sup> Így pl. a zürichi egyetem államtudományi (azaz jogi) karán az 1914/15. tanév téli felében a következő előadások is voltak hirdetve: Allgemeine Handelsbetriebslehre 2 (óra), Überseehandel 2, Handelswissenschaftliche Übungen 2, Kontorpraxis 5, Kaufmännische Arithmetik 3, Finanzierung techn. u. industrieller Unternehmungen 1.

<sup>24)</sup> Anträge stb. 821., 10. §.



#### XIV.

### TANULMÁNY A PERRENDTARTÁS 95. §-ÁNAK ÉRTELMEZÉSÉHEZ.\*

A törvk. rendts 98. §-a következő intézkedést tartalmaz: „ha alperes a kereset alapjául felhozott okirat valódiságát kétségbe vonja és az okirat valódisága nyilvánvaló tényekből ki nem tűnik, vagy e célra kitűzendő még egyszeri tárgyaláskor be nem bizonyíthatnák — felperes (a sommás eljárásról) a rendes eljárásra utasítandó.”

A rendes eljárásra utasítás ezen egyik esetének megvilágítása célja jelen tanulmánynak.

Irodalmunk és a gyakorlat az idézett törvényt oly értelemben veszi, minőt szavai az első pillanatra adnak. Rendes eljárásra utasítandónak tart minden sommás ügyet, melynél a kereset alapját beigazoló okirat valódisága kétségbe vonatik, — s a valódisági kérdés nem liquid, vagy az e végre szabott határidőben tisztába nem hozatik; más szavakkal illetéktelennek tartja a sommás bírót az okirat valódiságának nyomban tisztába nem hozható kérdése feletti bíraskodásra.

Ezen nézetben volt a semmítőszék, midőn 142 fős ügyben az okirat valódisága még egyszeri tárgyalás után csupán egy tanu vallomásával támogatván, az elsőbírósnak rendes peruttra utasító határozatát 8720—870. számú végzésével<sup>1)</sup> azon indokból, mert az okirat valódi-

\* Megjelent a Jogtudományi Közlöny VI. évfolyamának 1871. évi november hó 14-én kiadott 47. számában.

<sup>1</sup> Dr. Dárday és dr. Gallu Döntvénytár III. folyam 290 sz.



sága még a pótlagos tárgyaláson sem bizonyított be, a törvk. rendts 95. §-ára való hivatkozással helyben hagyta.

Hason felfogással találkozunk írónknál is, kik egyébiránt elegendőnek tartják e szakasz szavait egyszerűen ismételni;<sup>2)</sup> alapját nem kutatják, azonban amennyire kivehető, azt az 1836:XX. t.-c. 2. §-a azon rendeletének megszorításába és közelebbi meghatározásába helyezik, mely szerint a szóbeli biráskodás körébe csak a nyomban vagy újabb tettekből tisztába hozható keresetek tartoznak; így nevezetesen Ökröss és Suhayda, kik az 1836. t. c. idézett rendeletét minden megjegyzés nélkül közvetlen a 95. §. rendelete után adják elő.

Ezen értelmezés némileg igazoltatik az által, hogy a törvény az okirat valódiságának kétségét az alperesi szavatossággal egy §-ba foglalja, s így mindkét esetben intézkedését mintegy ugyanazon alapra fekteti. Az utóbbinak oka valóban az ügy bonyolódottságában rejlik, a szavatossági kérdést a törvény a sommás eljárás köréből végkép el akarja vonni, mi onnan is kiderül, hogy a 79. §. a szavatosságot parancsolólag a rendes eljárásra utasítván, ott a 80. §. jegyzőkönyvi tárgyalást rendel, melyre a sommás bíró illetőséggel nem bír.

Egyébiránt megjegyzem, hogy az idézett szerzők az okirat valódisága és a szavatosság iránti kérdést együtt adván elő, az általam nekik tulajdonított ratiót ez által is vallják.

Csupán Apáthinál találtam az eddigiektől eltérő felfogást, ő ugyanis a 95. §-t commentálva megjegyzi, mikép „magától értetik, hogy ez csak akkor történhetik, ha a sommás eljárás magán az okiraton alapszik; mert ha az ügy, eltekintve az okirattól, sommás eljárás alá tartozik, az az érintett okból rendes eljárásra nem utasítható.”

Azonban az esetet, melyben a rendes eljárásra utasításnak helye van, kellően meghatározva itt sem látjuk,

<sup>2)</sup> Suhayda M. polg. törvk. rendt. 1869. 19. §. Ökröss Pths. 183. old. Groisz M. polg. törvk. rendt. 185. old. Herczegh M. p. t. r. 339. old. Különös, hogy ezen utóbbi író a 229. oldalon a rendes perútra való áttételt a feleknek sommás eljárásról lemondhatási jogára alapítja. V. ö. ezen állítással a pths. 51. §-át.



— annyival kevésbbé, mert szerző maga az idézett helyet nyomban is folytatja „azon körülmény, hogy az okirat valódisága tekintetében egy tanu határozottan vallott, habár felperes e vallomás mellé póthitelt ajánl, a sommás perut megállapítására nem elegendő. A semmitőszék 1870. évi 8720. sz. a. kelt határozata.” — A semmitőszék ugyanazon határozatára hivatkozik tehát, melyet fent idéztem és melyben amennyiben 142 ftos ügyben hozatott, ép az ellenkező nézet van kimondva, anélkül, hogy ezen felfogás tévességéről említést tenne.

Azonban meg kell vallanom, hogy szerző nézete, legalább amint én felfogom, az alatt kifejtendőkkel lényegileg megegyezik, de kellően megalapítva és kifejtve nem lévén, az eddigi általános nézetet lerontani nem képes.

Az általános felfogásnak megfelelt e szakasz bírálata is. A 95. §. létrehozása következetesen elhibázott okoskodásnak tulajdonított. Így Groisz nyíltan kimondja, hogy „az említett §. ezen intézkedését okszerűnek mondani nem lehet, mert nem képzelhető helyes ok arra, hogy terhebb legyen azon felperes helyzete, ki keresetét okirattal támogatja, mint azé, ki keresetét egyszerűen beadja és annak igazolásául a per folyama alatt eskü általi bizonyítást használ.”

A gyakorlat szintén megfoghatatlannak tartja, miként rovatathatott ily egyszerű kérdésre a bonyolódottság jellege, midőn a törvény különben a tisztába hozatalára szükséges bizonyítási eszközöktől a sommás eljárást meg nem fosztotta.

Legyen még szabad hozzá tennem, hogy e szakasz az eddigi értelemben systematicus tekintetből is elhibázott. Ellenkezésben áll az ugyanis a pptts. 127. §-ával, mely szerint a törvénykezési eljárás általános szabályai a II. fejezetben foglalt módosításokkal a sommás eljárásban is alkalmazandók. A II. fejezetben pedig oly intézkedést, mely a 172. §-ban az írás és aláírás valódiságának bizonyítása körül hozott rendeletét korlátozná, hiába keresünk.

Az értelmezés a törvényben rejlő gondolatot kutatja, célja azt tiszta és teljes felfogásra juttatni, oly eredmény-



nél tehát, mely ép célzatára nem ad választ, meg nem állapodhat, s csak a leggondosabb vizsgálat után mondhatja ki, hogy a törvényhozó gondolatot vagy legalább helyes gondolatot nem fektetett törvénybe.

Kisértsük meg tehát az adott §. értelmét nyelv és észteni uton megállapítani, a nyert eredményt a törvény rendszerével összhangba hozni és a kérdés történeti fejlődésének kimutatásával értelmezésüket teljes erőre emelni.

Mindenekelőtt e szavak „kereset alapjául felhozott okirat“ vonják magukra figyelmünket, azok kielégítő értelmet nem adnak.

Kereset alapja alatt ugyanis az anyagi jogban (*causa actionis*) a jogot, melyből a kereset származik, az alaki jogban pedig (*fundamentum agendi*) a tényeket értjük, melyek a keresetileg érvényesített jogot megalapítják. Hogy okirat kereset alapjául ily értelemben nem szolgálhat, kézel fogható.

Más értelmet kell tehát e szavaknak tulajdonítanunk, s itt úgy hiszem, magából a törvényből legbiztosabban értelmezhetünk.

A ptr. 93. §-a b.) pontjában „az összegre való tekintet nélkül minden oly keresetet, melyre nézve a sommás eljárás okmányilag kikötöttet és egyszersmind a követelés teljesen igazoló okiraton alapul“ — sommás eljárás alá tartozónak rendel.

Ezen esetben, de csakis ebben a sommás keresetről, mint olyanról bátran elmondhatjuk, hogy az okmányon alapul.

Ha most tekintetbe vesszük, hogy a 95. §. ép a sommás keresetnek rendes eljárásra utasításáról szól és így okszerűen a kereset szó alatt csakis sommás keresetet érthetünk, az előbb homályos szavak ezen tiszta értelmet fogják adni: ha a sommás kereset a 93. §. b.) pontja értelmében okmányon alapul stb.

Ezen értelmezés szerint tehát a 95. §-ban az eljárásnak a 93. §. b. pontjára alapított neme elleni kifogást (*exceptio inepti modi procedendi*) látunk szabályozva. Ezen kifogásra nézve azonban meg kell jegyeznünk, hogy perrendtartásunk azt külön kifogásként nem ismeri,



s hogy arra az illetőségi kifogásra vonatkozó szabályok alkalmazandók.

Az eljárás külön nevei ugyanis külön bíróságokhoz vannak utasítva, és így az eljárás neve egyszersmind a tárgyi illetőséget (objektiver Gerichtsstand) is megállapítja. Ezen elv kifolyásaként kell tekintenünk, hogy a ptts 96. §-ának a rendes eljárásra utasítás körüli intézkedése, az illetőségi kifogás tárgyában hozott 99. §-al teljesen meg egyezik. A 95. §. magyarázatát és bővebb kifejtését tehát az illetőségre vonatkozó szabályokban kell keresnünk.

Ezen eredmény más uton is igazolható.

Ha ugyanis a 93. §. b.) pontját következményeiben ki akarjuk fejteni és a 95. §. létezésétől egészen eltekin- tünk, önként azon kérdés merül fel, mi történik akkor, ha az okirat, melyben a sommás eljárás ki van kötve, s mely által a követelésnek teljesen kell igazoltatnia, való- diságában kétségbe vonatik. Két eset fogja magát előad- hatni: alperes vagy a tárgyalás kezdetén az illetőség ellen emel kifogást, tagadván az okirat valódiságát, vagy az érdembe bocsátkozva az okiratot, mint a kereset alap- jának bizonyítékát támadja meg.

Az előbbi esetben a bíró az illetőség kérdésében hozna mindenekelőtt határozatot, és pedig miután ez eset- ben az illetőség okmánybani kikötésen alapul, határozata az okmány valódisága kérdésen fordulna meg, a szerint, amint felperes valódiságot be tudja bizonyítani, vagy nem.<sup>3)</sup> De a kérdés lényegében illetőségi kérdés fog maradni, s a határozat csak közbenszóló leend, a bíró tehát a ptts 221. §-a szerint csak döntő körülmények iránt és végha- tározat által megrendelhető eskü általi bizonyítást nem alkalmazhat.

<sup>3</sup> Az aláírás valódiságának bizonyítása mindig az okmánnyal bizonyító fél kötelessége, az okmány tartalmának hamisságát ellenben, hacsak alakjából ki nem tűnik, a hamisságot állító fél tartozik igazolni. Nézetem szerint a ptts. 95. §-a értelmében az áttétel azon es- t- ben is elrendelendő, ha a hamisságot alperes tartoznék igazolni és a valódiság nyilvánvaló tényekből ki nem tűnik vagy be nem bizonyít- tatik. L. a történeti eredetre nézve alant előadottakat jelesül az oszt. ptts. 298. §-át.



Az utóbbi eset megoldásánál mindenekelőtt szem előtt kell tartanunk azt, hogy a 93. §. b.) pontja a sommás bíró tárgyi illetőségét szabályozza, s hogy ennél fogva abban az egyes ügyeknek kellékei ezen szempontból kívántatnak meg. Azon rendelet tehát, hogy az okirat által a követelés alapja teljesen beigazolandó, az illetőség megállapítására vonatkozik.

Ebből kiindulva, azon kérdés: ítélhet a sommás bíró oly ügy érdemében, mely a 93. §. b.) pontja alapján indíttatott meg, azon esetben is, ha az okmány az érdembeli tárgyaláskor valótlannak bizonyulna, és jelesül csak az okmány, vagy egyéb bizonyíték alapján is, vagy pedig a keresetet a per bármely stadiumában illetéktelenség okából leszállítani tartozik, — oda módosul, van-e a sommás bíró tárgyi illetőségétől eltérésnek helye?

Ezen kérdésre nézetem szerint igennel kell felelnünk. A tts 51. §-a szerint ugyanis, a 8. és 53. §§. eseteit kivéve, a nem illetékes bíró is illetékessé válik, ha alperes az illetőség ellen törvényes időben kifogást tenni elmulasztott. Hogy ezen §. nem csupán az alanyi illetőségre (subjectiver Gerichtsstand), hanem a tárgyi illetőségre is vonatkozik, kétségtelen, ha megfontoljuk, hogy a ptt. az illetőség e két neme között különbséget nem tesz, hanem azokra vonatkozó szabályokat az I. cím III. fejezetében vegyesen adja elő, és hogy maguk a hivatkozott 8. és 53. §§. is részben a tárgyalagos illetőségre vonatkoznak (nem polgári, telekkönyvi, hitbizományi, házassági ügyek).

Ha tehát a felek a rendes birói illetőségről lemondhatnak, és illetve az által, hogy a kifogást a kellő időben meg nem teszik, lemondóknak tekintendők, világos, hogy a sommás bíró az illetőséget azért, mert az okirat valódisága az érdembeli tárgyaláskor be nem bizonyított, le nem szállíthatja, ha nem tartozik az ügyben tárgyalni és ítéletet hozni, és pedig tekintettel arra, hogy a követelésnek okmány általi teljes beigazolása csak az illetőség szempontjából kívántatik meg, — ennek más uton lett megállapítása folytán ítéletét más bizonyítékokra is fektetheti.

Ezen fejtegetésből kitűnik, hogy a 95. §. nem létezése esetében a tudomány és gyakorlat feladata lett volna



annak az általam adott értelmezés szerinti intézkedését a 93. §. b.) pontjából kifejtteni. Kitűnik továbbá, hogy a törvény két oly értelmezése között választhatunk, melyek egyike alapján a törvény intézkedését okszerűtlennek kell mondanunk, míg a másik szerint az a törvényből fokozatosan kifejthető és annak egyéb rendszerével összhangban áll. Mielőtt azonban választanánk, talán nem lesz felesleges, az utóbbi állítás valóságát megvizsgálni.

Az adott értelmezés felvétele mellett, nagyon megfoghatónak és indokoltnak fogjuk találni, hogy miért kívánja meg a törvény az okirat valódisága kérdésének, mint lényegében illetőségi kérdésnek nyilvánvaló tények általi tisztába hozatalát, vagy e célra kitűzendő mégegyszeri tárgyaláskor való beigazolását. Annak tekintetbe vételével, hogy eskü általi bizonyításnak csak perdöntő kérdésben és véghatározat folytán van helye, teljesen indokolva fogjuk látni az eskü általi bizonyításnak melőzését, anélkül, hogy azon erőltetett szó szerinti magyarázathoz volnánk kénytelenek folyamodni,<sup>4</sup>) melyet a semmitőszék használt, midőn az eskü általi bizonyítást idézett határozatában azon okból zárja ki, mert ez által a bizonyíték a pótlagos tárgyaláson sincs előállítva; ennek felvétele következetesen arra vezetne, hogy miután a bíró csak a felek által előadott bizonyítékok alapján hozhat ítéletet, az eskü pedig az ítélet előtt le nem tehető, s másrészt, míg le nem tételett, nem bizonyíték, a bíró eskü alapján nem ítélni, vagy ítélvén nem bizonyíték alapján ítélni. A dolog valójában úgy áll, hogy maga a bizonyítás (die Production der Beweismittel) az ítéletben rendeltetik el, s a bizonyítás csak az eskü letétele által fejeztetik be, és ily értelemben használja a bizonyítás szót a pts 221. §-a; a bizonyítás megkezdése (Beweisantritt) pedig már a megkínálás által megtétetik, és ily értelemben szól a pts 230. §-a az eskü általi bizonyításról. Hogy mennyire

<sup>4</sup> Groisz az i. h. ugyanezen következtetést a „nyilvánvaló tények“ kifejezésből vonja le, — ez ellen csak azt kell megjegyezni, hogy a törvény maga nyomban utána teszi „vagy mégegyszeri tárgyaláskor be nem bizonyíttatnék.“



okszerű ily határozatlan terminologia mellett egyes szavakból következtetéseket levonni, vizsgálni nem akarjuk.

Vége elenyészik az adott értelmezés felvétele mellett a 127. §-al való összeütközés is.

Mi a kérdéses intézkedés történeti eredetét illeti, annak kimutatása némi nehézséggel jár. Perrendtartásunk ugyanis compilativ jelleggel bír. Gyakran egyes intézkedések célszerűeknek elismertetvén, összefüggésükből kiragadtva, néha ismét más intézkedések és a törvényszerzők felfogása által módosítva vétettek fel. Hogy itt azután gyakran bajos a törvényhozó gondolatát történeti uton megállapítani, könnyen megérthető.

Legkevesbbé fogunk nézetem szerint célt érni, ha idegen törvényeknek csak látszólagosan, a használt szavak által hasonló rendeleteit fektetjük alapul.

Ezen hibába esik Ökröss, midőn a 95. §. rendeletét, a francia cod. proc. 14. art. azon intézkedésével hasonlítja össze, mely szerint a békebíró azon esetben, ha az okirat hamisnak állítatik, vagy az írás valódinak el nem ismertetik, az ügyet a (rendes) bíróhoz tartozik utasítani.

E két intézkedés között lényeges különbség van. Kitűnik ez azonnal, ha tekintetbe vesszük, hogy a fr. törvény a békebírákról szóló I. könyvében, az ezek által követendő eljárást tüzetesen meghatározza, anélkül, hogy az okirat valódiságának bizonyításáról emlékeznék; a II. könyv 10. és 11-ik címében pedig a hamisítás és valódisági kérdés eldöntésére hosszadalmas közbeneső eljárást (Incident-Verfahren) rendel. Itt tehát a törvény a békebíró a hamisítás és valódiság kérdésének elbírálásától végkép el akarja zárni. A 14. art. ez okból valamennyi okira is alkalmazandó, amint a törvény egész általánosságban is szól, — holott bármily értelemben vegyük is a 95. §-t, annak intézkedése alól legalább a kifogások és replicák stb. igazolására szolgáló okiratot kell, hogy ki-vegyük.

Az út, melyen célt érhetünk, nézetem szerint a következő:

Már az 1840: XI. t.-c. 2. §-a szerint szóbeli sommás per útján megvehetők „a világos adósságok valamint azok



kamatái határozatlan somma erejéig, midőn az adós magát a szóbeli pernek bírósága alá veti". Ezen törvény folytán előbbi gyakorlatunkban pénzbeli adósságokról kiállított okmányokban szokás volt a sommás eljárást kikötni, s ily adósságok sommás úton hajtattak be. A régiebb törvény ezen intézkedése célszerűnek találtatván, az új eljárásba átvétetett. Ez alkalommal fel kellett tűnni, hogy világos adósság kifejezés határozatlan és eltérő magyarázatra szolgáltathat okot. S itt nem vélek csalódní, ha a szóban forgó kifejezés közelebbi meghatározásának alapjául a német eljárások egyikét tekintem ; mert történt a b.) pont szerkesztése bármiként, tény az, hogy abban és a vele összefüggő szakaszokban a német alapon fejlődött eljárások egy intézményének kétségtelen nyomaira találtunk.<sup>5)</sup>

Nem lesz felesleges ezen intézményt és pedig úgy miként az az újabb eljárások alapjául szolgáló közönséges német eljárásban kifejlődött, főbb vonalaiban vázolni.

A közönséges német eljárásban okiratilag beigazolható követelések behajtására „*Executivprocess*“ név alatt<sup>6)</sup> a sommás eljárás egy külön neve alkalmaztatik. Általában lényeges előfeltételei : 1. hogy a követelés bizonyítására okiraton kívül más bizonyíték nem használtathatik, és ebből folyólag 2. hogy az okirat a követelést mind alanyi, mind tárgyi oldaláról világossá tegye, tehát bennfoglaltassék az összeg, *causa debendi*, beigazoltassék a lejárat, az adós és hitelező neve stb.<sup>7) 8)</sup>

<sup>5)</sup> A francia ptt. 404. §-ában a követelés alapját teljesen beigazoló okiraton („*titre*“ I. cod. civ. III. livre III. titre I. section) alapuló követeléseket határozatlan összeg erejéig a sommás eljárásra utasítja, de a 95. §-hoz hasonló intézkedést nem tartalmaz ; lehet, hogy a gyakorlat kifejtette, s ez lehetne pttásunk kérdéses intézkedésének egy másik elfogadható eredete, ha feltehetnők, hogy szerzői a francia perjogban és gyakorlatban ennyire jártasak voltak.

<sup>6)</sup> Bayer Theorie d. Summ. Proc. 99. és köv. old. Endemann Civilproc. 270—272. §§.

<sup>7)</sup> Némelyek az utóbbi kellékeknek, — nevezetesen a lejárat, *legitimatio activa* és *passiva* — beigazolására eskü általi bizonyítást is engednek. L. Endemann az i. h. A felmondás bizonyítására a hannoverai perrendtartás is 478. §-ában, — mely egyébiránt a kor. német



A keresetre az általános szabályok állanak, csakhogy az eljárás e nemének választását kell tartalmazniok.

A keresetre hozott végzéssel az okirat megsemmisítésére határidő tűzetik. Ha alperes ekkor az okirat valódiságát kifogásolja, az úgynevezett juramentum diffessionis letételére késznek kell lenni. Letételét felperes a valódiság bizonyítására ajánlkozásával el nem háríthatja, hanem csupán azzal, ha az eljárás e neméről lemond, s az ügyet rendes úton kezdi meg.

Alperes kifogásai közül az eljárás érvényességére vonatkozók, a perjogból merítettek, a rendes bizonyítási szabályok szerint hozatnak tisztába. — Az anyagi jogon alapuló halasztó és perdöntő kifogások ellenben csak okiratok általi bizonyítást tűrnek, egyébként külön eljárásra (ad separatum) utasíttatnak. Ugyanez áll a replicákra nézve.

A határozat, fizetési meghagyás határidővel, mely azonban rendszerint csak *provisoricus* jelleggel bír.

Ezen alapból kiindulva szabályozta az osztrák perrendtartás 298. §-ában az executio pert, azonban azon változtatással, hogy ha alperes oly védelmet adna elő, mely iránt azonnal véghatározat nem hozathatnék, az ügy

eljárással az executiv perre vonatkozólag lényegileg megegyezik, — eskü általi bizonyítást enged.

<sup>8</sup> A birodalmi törvények az okmányban az úgynevezett Quarentigialclauselt is megkívánták. „Clausula executionis in Camera sine ordinariis processu ulto suscipiendo.“ Dep. Absch. 1600. §. 31. és u. c. §. 32. „Da einer in einer Verschreibung dem Gläubiger Macht und Gewalt gibt seines Gefallens gegen den Verschriebenen Gütern zu verfahren, und sich an den Pfanden oder Gütern mit oder ohne Recht bezahlt zu machen.“

A régiebb Executivprocess (mely az úgynevezett Mandatsprocessel összeesett (Dep. Absch. 1600. 31. és 34. §-ait) egyáltalán alperes alávetésén, míg az újabb az okirati bizonyításon alapul. A Quarentigialclauselnek, mely régiebb okiratokban nálunk is előfordul, némileg megfelel a sommás eljárásnak kikötése. Célszerű volt-e a 93. §. b. pontjába e kelléket felvenni? Nézetem szerint nem, mert az eljárás szabályozásánál magasabb szempontok (jelen esetben a hitel szempontja) irányadók és épp azért a törvénykezési rend a jus publicumhoz tartozik, abszolút hatályú, s így természetéhez képest a felek rendelkezésének lehetőleg kevés tért kell engednie.



a rendes eljárásra utasítandó (in das rechtliche Verfahren einzuleiten).

Ezen határozmány az 1839. évi máj. 7-ről kelt 358. számú udvari rendelettel oda értelmeztetett, hogy a rendes perútrai áttétel esete akkor áll be, ha alperes védelme folytán bizonyítást rendelő végzés hozatala, vagy a tárgyalás elhalasztása válnék szükségessé.

Az osztrák perrendtartásban ezek szerint az executiv per szűkebb körű, de belterjesb hatályu, mint a közönséges német, és ezzel megegyező eljárásokban.

Mig ott a nem liquid kifogások mellőztetnek, — itt a rendes perutrai áttételt eredményezik, — ellenben mig ott a határozatok provisoricus jellegűek, itt hatályuk végleges. Az osztrák perrendtartás a liquiditás fogalmát is máskép állapítja meg. Mig ott az okirati vagy legfeljebb eskü általi beigazolás, itt a nyomban tisztába hozatal lehetősége irányadó. Hogy azonban az okirat valóságágának kétsége — amennyiben a kérdés nyomban tisztába nem hozható — itt is egyik főesetét képezi a rendes perutra utasításnak, kétségtelen, ha megfontoljuk, hogy e kérdés alapja az egész eljárás érvényességének; de a 298. §. világosan vonatkozik is ezen esetre „endlich in jenem Falle, dass Beklagter zwar die Urkunde anerkannte, aber solche Einwendungen beibrächte etc.“

Hogy a közönséges német, és ezzel rokon, nevezetesen az osztrák eljárás executiv pere bő anyagot szolgáltat a ptts. 93. §. b.) pontjának és a 95. §-nak összeállításához, elfogulatlanok részére, úgy hiszem, világos. A hasonlatosság tagadhatatlan, és mindkét esetben az okirat valóságágának kétséges voltából rendes eljárásra utasítás alapja egy, t. i. magának az eljárás érvényességének kétsége. Az előadott eredet támogatására szolgál az is, hogy perrendtartásunk szerzői főképen az osztrák eljárás alapján állottak, kik ezen alapjukat egybeült is érvényesítették.

Netáni félreértések elkerülése végett azonban meg kell jegyezmem, hogy a történeti eredetre nézve előadottak csakis a törvény esetleges eredetét (occasio legis) ké-



pezik, s így a törvény értelmének felderítésére s az egyéb uton nyert eredmény megerősítésére szolgálnak ugyan, de a törvény kifejtésére nem alkalmasak. A törvény folyamányai a törvénynek úgy miként az jelentkezik, vagyis teljes rendszeres összefüggése által adott alapgondolatából vonandók le.



## XV.

### A HALÁL ÁLTALI HITELESÍTÉSRŐL.\*

Jelen értekezésem kidolgozására egy bírói gyakorlatban előfordult eset adott alkalmat. Szolgáljon ezen eset bevezetésül, és kövessük általában lehetőleg azon utat, melyen magam haladtam. A tárgyul vett intézmény kifejtése mellett, az általam követett és nálunk, különösen perrendtartásunk értelmezésénél meglehetősen járatlan út, szükségességének kimutatása lesz tanulságos.

Az eset, melynek csak lényegére akarok szorítkozni, a következő volt. Az ítélet tartalma póteskü letételétől feltételeztetett. A fél, kinek az eskü jogérvényesen oda ítéltetett, annak letételérei készségét kellő időben bejelentette, azonban időközben megtébolyodott. Képviselője az országos tébolyda igazgatóságának hivatalos bizonyítványával igazolva az elmebetegséget és azt, hogy a kigyógyuláshoz előreláthatólag nincs remény,<sup>4)</sup> a ptr. 244. §-a alapján kéri az esküt letettnek kimondatni. Igazolja azt is, hogy a fél az általa sajátkezűleg aláírt tényvázlatban az eskü letételére, a megítélt eskü szövegében foglalt ténykörülmények kifejezése mellett, ajánlkozott. A kérdés ezek szerint csak az volt, vajjon alkalmazható-e a ptr.-

\* Megjelent a Jogtudományi Közlöny VIII. évfolyamának 1873. évi április 30., május 7. és 21-én kiadott 18., 19. és 21. számában.

<sup>4)</sup> Azon kérdést, hogy minő időtartamú elmebetegséget lehet jogilag az esküképtelenség tekintetében a halállal egyenlőnek tartani, itt mellőzzük. Ez quaestio facti. Hogy az eskületételt a végtelenig halasztani nem lehet, világos.



ban a halál általi hitelesítés iránt foglalt intézkedés és pedig nevezetesen azon irányban, hogy az eskü letettnek tekintessék, beállott elmebetegség esetében is. A két eset első pillanatra hasonló, mindkettőben esküképtelenségről van szó.

Könnyebb áttekinthetés végett idézzük mindenekelőtt a törvényt, melynek alkalmazhatóságát vizsgálni akarjuk. Ez következően hangzik:

Cimfelirat: „Halál általi hitelesítés.”

„244. §. Ha azon fél, kinek az eskü jogérvényesen oda ítéltetett, az ítélet hozatala előtt vagy után meghalt: az érdekeltek kérelmére az ellenfélnek a bíróság minőségéhez képest sommás úton, vagy a 144. §-ban szabályzott eljárás szerint leendő meghallgatása után végzésileg döntenek el: vajjon letehetik az esküt a fél jogutódai, vagy pedig az az elhalt fél által letettnek tekintendő. Az eskü letettnek csak azon feltétel alatt tartathatik, ha a fél arra személyesen vagy e végre különösen meghatalmazott megbízottja által ajánlkozott s egyszersmind kijelölte azon ténykörülmenyeket, amelyekre meg akart esküdni. Az e kérdésben hozott végzés ellen mindkét fél fellebbezéssel élhet.”

Maga az idézett törvény szövege és a ptr. rendszere a következők megfontolására utal.<sup>2)</sup>

A törvény szavaiból a nyelvtani magyarázat útján nem lehet azon értelmet kihozni, hogy a törvény az elmebetegség folytán beállott esküképtelenségről is akart volna intézkedni. A szavakból úgy látszik, hogy a törvény ezen esetre nem gondolt.<sup>3)</sup> De a törvény rendszere, a kér-

<sup>2)</sup> Nem tartom feleslegesnek ezen következmények kifejtését, mert ezek képezik bizonyítékát annak, hogy a törvényből magából, mint a legtöbb esetben, úgy a jelenben sem lehet annak értelmét és erejét felismerni, mit nálunk nem szoktak kellően szem előtt tartani. Hogy az értelmezés és törvényhasonlatosság alapelveinek bár lehetőleg rövid fejtegetésébe belebocsátkozom, úgy hiszem, a hazai tankönyvek legalább többjeinek és a gyakorlatnak is eléggé elterjedt téves felfogása által igazolva van. Egyébiránt az itt e részben kifejtettekre nézve l. minden más helyett Unger Syst. §. 10. és 13.

<sup>3)</sup> Ha itt és a jelen értekezésem folyamában a törvénynek és nem a törvényhozónak tulajdonítom a gondolatot és illetőleg az előb-



déses intézkedésnek egyéb intézkedésekkel összefüggése sem nyújt ez irányban támpontot. A 244. §. kivételt képez a törvénynek a dolog természetével megegyező azon rendelkezései alól, hogy az eskü az által teendő le, kinek az odaitéltetett, és letettnek csak akkor tekintethetik, ha az valóban le is tétetett.<sup>4)</sup>

A törvényben kifejezni akart gondolatot kutató törvényt magyarázat nyelvtani és rendszeres iránya tehát csak azon negatív eredményre vezet, hogy ez úton el nem dönthetjük, vajjon akart-e a törvény a felvetett esetről is intézkedni<sup>5)</sup> vagy nem. Kitűnik továbbá már ezekből is, hogy az értelmezés útján csak akkor érhetünk el pozitív eredményt, ha a törvényben kifejezett gondolatot előállítottuk.

Hason eredményre jutunk, ha a törvényhasonlóságot akarjuk alkalmazni. Ismert régi szabálya az analogiának, *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Ez annyit jelent, hogy ha a törvény egy esetről intézkedett és ehhez hasonló eset merül fel, mely ép azon oldalról, melyről a törvény az egyik esetet szabályozta, azzal megegyezik, hogy ekkor a törvény a másik esetre is alkalmazandó. Ismeretes továbbá az is, hogy a ratio alatt egyedül a ratio juris, vagyis a dolognak a törvény által elismert természete értendő, mert csak ebből lehet arra következtetni, hogy a törvény a nem szabályozott esetre is, ha arra gondolt volna, ugyanazon intézkedést teszi. Ép azért ott, hol a törvény a dolognak általa elismert természetétől eltér, célszerűségi vagy egyéb okokból kivételesen intézkedik, analogiának nincs helye, mert azt,

bi gondolatát kutatom, azért lőrténik, mert a törvény kihirdetése által a törvényhozó akaratától független létezt nyer. Ezen önállóságból következik, hogy a törvény gyakran mást gondol, mint a törvényhozó. L. Unger §. 13. N. 28.

<sup>4)</sup> Prts 239. és 244. §§. Itt csak a systematicus értelmezés szempontjából utalok a törvény kivételelességére. Azon tan, hogy a kivételek szorosan értelmezendők, ily általánosságban felállítva téves, mindig a törvény valódi értelme kutatandó.

<sup>5)</sup> Ezt fel kellene vennünk, ha ki tudnánk mutatni, hogy a törvény a halálról csak példaképen emlékezett meg.



hogy a törvényhozó a hason esetben ugyanazon célszerűségi okot akarta volna alkalmazni, tudni nem lehet, feltételezni pedig nem szabad. Ez többé nem az adott alapnak logikai kifejtése, hanem törvényhozás volna. És ez értelme az ismert szabálynak, hogy a kivételes törvény analogiát nem tűr. Hogy ezen szabály nem alkalmazható ott, hol csupán a törvény szövege szerint mutatkozik kivétel, hanem hogy itt is minden az alapgondolat ismeretétől függ, kétséget nem szenved.<sup>6)</sup> Abból tehát, hogy a 244. §. kivételt látszik képezni, még biztos következtetést ez irányban sem vonhatunk le.

De a két eset hasonlatossága is csak a törvény alapgondolatának ismeretével lesz elbirálható. Az esetek ugyan egy pontban, t. i. az esküképtelenség pontjában egymással megegyeznek, de azt, mi a jelen esetben az egyedül irányadó hasonlatosságot megállapítja, vajjon t. i. a törvény a halál általi hitelesítést az esküképtelenség szempontjából szabályozta-e, ismét csak a fenti alapon oldhatjuk meg.

Mielőtt azonban a 244. §. alapgondolatának kifejtésébe bocsátkoznánk, még egy, irodalmunkban megleghezősen elterjedt és az adott esetben is alkalmazott módszer meddőségére akarok utalni. Ezen úgynevezett összehasonlító módszer, melynek egy más iránybani tévességét Savigny oly találóan elbirálta,<sup>7)</sup> nálunk abban áll, hogy a törvény értelmezésénél annak kiegészítéseül és felvilágosi-

<sup>6)</sup> Így ha a törvény pl. szabályul állítja fel, hogy rendszerint mindenki bir cselekvési képességgel és kivételt tesz a 7 éven alóli gyermekekre nézve, akkor ezen törvény mindazokra kiterjeszthető, kik eszüknek birtokában nincsenek, (ált. ptkv 865. §.), mert a ratio az, mindenki, ki eszének birtokában van, bir cselekvési képességgel. Ellenben a kiskorúaknak adott kedvezmény, mint singularis, ki nem terjeszthető.

<sup>7)</sup> Savigny Syst. I. Vorrede XIX. oldal. „In der That liegt die Sache (sehr einzeln stehende Fälle ausgenommen) tiefer, als dass sie durch eine solche Wahl zwischen entgegengesetzten praktischen Regeln abgethan werden könnte, und ein Werk, welches diesen comparativen Gesichtspunkt im Einzelnen verfolgen wollte, würde an die kindische Stimmung erinnern, die bei der Erzählung von Kriegsgeschichten stets zu fragen geneigt ist, welches die Guten, welches die Bösen waren.“



tásául más idegen törvényeknek gyakran csak látszólag hasonló intézkedései minden bővebb kritika nélkül felhasználhatnának. Vagy talán összehasonlító jogtudományt akarnak ezzel gyakorolni? Nem tudom; ha igen, akkor a törvények eredetének és fejlődésének kifejtése nélkül, nagyon helytelenül. Tény az, hogy ez gyakran előfordul. Ökröss a magyar polgári törvénykezési rendtartáshoz „összehasonlító és felvilágosító” jegyzetekkel irt commentárjában a 244. §-nál megjegyzi, hogy a hannoveri prts (291. §.) letettnek tekintti az elfogadott esküt, ha annak letételében az elhunyt az ellenfél vétsége által gátoltatott és hogy a becsülő esküt tudomásuk szerint az elhunyt örökösei is letehetik. Azt mondja továbbá és pedig oly összefüggésben, hogy a mi prtsunkra is lehet vonatkoztatni: „ugyanazon elvek alkalmazásának van helye akkor is, ha az esküre kötelezett fél elmebetegség folytán vált képtelenné az eskü letételére (291. §.). „Hozzáteszem, hogy vannak más törvények is, melyek az esküttevő halálát és annak közbejött elmebetegségét vagy esküképtelenségét ugyanazon tekintet alá helyezik;<sup>8)</sup> míg ismét más törvények csakis a halálról emlékeznek.<sup>9)</sup>

Ökröss ezen megjegyzése annnyival inkább nyomatékosnak látszik, mert ő prtásunk szerkesztéséhez közel állott, és mert, mint mondjuk, a prts szerkesztésénél idegen törvények is felhasználtattak. Mindazonáltal az adott felvilágosításba bele nem nyugodhatunk. Világos, hogy az idegen törvényt csak akkor használhatjuk felvilágosításul, ha annak alapgondolatát ismerjük és ki tudjuk mutatni, hogy törvényünk ugyanazon alapgondolatot akarta elfogadni. Ez a jelen esetben az egyszerű összehasonlításból épen nem tűnik ki; az pedig, hogy más törvények szintén nem emlékeznek az elmebetegségről, — ha csak e körülményt szerzőjük kisebb találékonyságának rovására nem akarjuk helyezni, — még inkább arra fog ösztönözni,

<sup>8)</sup> Így pl. a badeni prts 563. §-a. Az 1864-iki német javaslat 413. és az 1866-iki 426. §-a, úgy az 1872-iki 409. §-a. Az 1866-iki osztr. javaslat 432. §-a.

<sup>9)</sup> Így pl. az 1781-iki osztrák ált. prts 233. §-a, az 1852-iki ideigl. prts 255. §.



hogy a törvények alapgondolatait felkeressük és így az eltérés okát felismerhessük. Mint látni fogjuk, ezen eltérések nagyon is indokoltak.

Az eddig felvetett kérdések megoldását csak az intézmény történeti fejlődésének ismerete alapján eszközölhetjük. Lássuk e fejlődést általában, tekintet nélkül prttásunkra.<sup>10)</sup>

## I.

A halál általi hitelesítés intézménye, azon értelemben, hogy az eskü az elhunyt által általában vagy bizonyos feltételek mellett lefettnek tekintessék, a római, egyházi és germán jogforrásokban ismeretlen.<sup>11)</sup> Eredetét ezen intézmény a középkori doctrina és gyakorlatnak köszöni.<sup>12)</sup> A régiebbek ugyanis a haldoklók kimondásának (effata agonizantium) különös hitelt tulajdonítottak, mert nagy valószínűség harcolna amellett, hogy a halállal szemben mindenki az igazat fogja kimondani.<sup>13)</sup>

Az akkori jogászok koruk szelleme által befolyásolva, miután már előre elfogult álláspontjukból ezen felfogást Theodorus és Valentinianus császárok egy constitúciójának kitételeiben<sup>14)</sup> is igazolva látták, egész általá-

<sup>10)</sup> Ha ezen fejtegetés folyamában néha az adatokat másod vagy harmad kézből veszem, (mit egyébiránt mindig meg fogok említeni), vagy ha kételyeket vagyok kénytelen felhagyni, ne tulajdoníttassék ez szorgalmam hiányának, hanem annak, hogy a legszerényebb kíváncsúnak megfelelő könyvtárt is nélkülözöm.

<sup>11)</sup> Malblanc, Doctrina de jure-jurando. Ed nova. 1820. §. 57. „Deficiunt leges, quidquam de eo casu sancientes, neque legum aliarum argumenta, quorum ingentem cumulum Doctores congresserunt, sive pro, sive contra aliquid probant.“ Lindelof az. Arch. f. civ. Pr. IV. k. 423. old. Strippelmann Eideszuschreibung 77. Bayer Vorträge 9-te Aufl. §. 271. Wetzell Syst. III. Aufl. §. 25. N. 31. a.

<sup>12)</sup> L. egyebek helyett is Lindelof és Strippelmann az i. h. vagy Wetzell az i. h. Endemannt Beweisl. §. 123.

<sup>13)</sup> Származott legyen e felfogás akár a középkor religiosemysticus szelleméből, mint Lindelof tartja, akár pedig tükrözze az egy egyszerű keresztény gondolkodás módját vissza, mint Strippelmann vitatja, az itt közömbös.

<sup>14)</sup> L. 6. C. ad. leg. Jul. repet. und. (9. 27.). A nevezett császárok ugyanis itt a hivatalnokok megvesztegethetésének meggátolása céljából



nosságban azon tételt állították fel, *nemo moriens immemor censetur aeternae salutis* és ebből azután az esküre vonatkozólag azt következtették, hogy ha az eskü elfogadása mellett tett állítás a halál előtt vissza nem vonatik, az valónak veendő olyképen, mintha az eskü letételét volna, más szavakkal: a halált az eskü letételével azonosnak tartották, — *mortem esse loco jurisjurandi*.

Ezen régi nézet<sup>15)</sup> az ellene már akkor felmerült ellentmondások dacára<sup>16)</sup> a 14-ik századbéli olasz és a 15., 16. századbéli német jogászok által<sup>17)</sup> mint érvényes jogtétel szélleben tanítottat.<sup>18)</sup> A doctrina befolyása mel-

egyebek közt a hivatalnokokat megesketni rendelik az iránt, hogy semmi szín alatt megvesztegetéseket el nem fognak fogadni. Ezen rendelkezés indokolásául mondják: *Et licet nominem divini timoris, contemnendo jure jurando, arbitramur immemorem, ut salutis propriae ullum commodum ante ponat, — de mintha ezen indokolásuk erejében maguk is kételkednének, jónak látják hozzátenni, tamen ut ad salutis timorem etiam necessitas periculi subiungatur, si quis ausus fuerit praebita sacramenta negligere, a megvesztegetést mind a megvesztegetőre, mind pedig a megvesztegetettre tanquam crimen publicum, poena quadrupli rendelik büntettetni.* A római jogból levont ezen következtetés ellen (melyet a kezeim közt lévő régiebb írók körül Gaill pract. obs. lib. II. obs. XLIII. is megtesz) l. az ellenkövetkeztetést a római jog más helyeiből Bayernél az i. h.

<sup>15)</sup> Régiségét igazolja, hogy már a glossa megtámadta, Cap. 14. X. de praesumpt. (2. 23.) „Imo in ultimo articulo non semper praesumatur quod verum dicat aliquis; licet praesumatur quod verum dicat non tamen sit sufficiens probatio iudici. Et licet heredes necesse habeant stare religioni defuncti, non tamen creditores. L. Strippelman-nál az i. h.

<sup>16)</sup> Így már Baldus, non omnis moriens est Johannes Evangelista l. egyébiránt Malblancnál az i. h. a 221. j.-ben felsorolt írókat.

<sup>17)</sup> Így pl. Bartolus de Saxofferato († 1357.), Zasius (1461—1535.), Alciat (1492—1550.), Stryk (1650—1710.) Gaill († 1587.). Ez utóbbinál az i. h. még egyéb írók is felsoroltatnak. Továbbá Wetzelnél az i. h. N. 31. a. Renaud Lehrb. §. 130. N. 20.

<sup>18)</sup> Így Gaill az i. h. „Mors non minorem fidem quam corporale juramentum meretur. Ita se habet communis opinio.” Továbbá Strippelmann szerint Setser De jur. lib. IV. cap. 5. „juramentum ut puto pro praestito habebitur, per regulam juris: Mors vim iuramenti habet.” A kérdéses vélelem másutt is alkalmaztatott, l. Gaill az i. h. „Mors Notarii vim signi et subscriptionis habet,” — és a tanúkra nézve „mors eorum vim recognitionis habebit”. L. Endemannt is Beweisl. §. 123. N. 8.



lett átment az a német törvényszéki, nevezetesen a birodalmi kamarai törvényszéki gyakorlatba<sup>19)</sup> és ennek alapján a közönséges német szokásjogba.<sup>20)</sup> <sup>21)</sup>

Másrészről azonban a szász tartományokban e tétel érvényre emelkedni nem tudott, ott az elhalt helyett az örökös bocsáttatott hit szerint esküre (juramentum credulitatis).<sup>22)</sup>

Annak megfontolása, hogy azon vélelem, melynek alapján a halál az eskü letételével egyenértékűnek tekintett, sok esetben kézzelfoghatólag nem felelt meg a valóságnak, a már régebben felmerült ellenmondások által is figyelmessé tett némely író a szabály megszorítására és előfeltételeinek közelebbi meghatározására indította. Így némelyek kivételt engedtek a szabály alól az esetre, ha az elhalt az eskü letétele körül késedelemben volt.<sup>23)</sup> Mások más megkívántóságokat szabtak.<sup>24)</sup> Leyser<sup>25)</sup> a

<sup>19)</sup> Gaill idéz egy 1569. május 12-ről kelt ítéletet „Et secundum hanc notabilem doctrinam fuit judicatum, etc. In Sachen etc. ist der durch weiland N. angebotener und aufferlegter Eid für erstattet hiemil angenommen.“

<sup>20)</sup> A közönséges német jog szempontjából maig is fennállónak tartja ezen tételt és az utóbb tanított megszorításokat ezen szempontból nem helyesli Wetzell az i. h. Ellenben l. pl. Renaud Lehrb. §. 130. N. 22. és 23. Tény az, hogy a későbbi írók tanaikat mint érvényes jogot hirdették.

<sup>21)</sup> Lindelof szerint a tétel ily általánosságban némely particularis törvényhozás által is szentesített, mások szerint azonban (l. a 29. jegyzetet) ezen part. jogok már a módosított tant fogadták el. Források hiányában nem szólhatok hozzá.

<sup>22)</sup> L. Zimmermann Der Glaubenseid §. 47. N. 20., hol több particularis törvény is idéztetik. A germán felfogás, mely az eskületételi jogot, sőt kötelességet is az örökösökre átszállhatónak tartotta (Zimmermann §. 40. Wetzell III. kiad. 262. old.), nálunk is érvényre emelkedett, l. Verböczy Hk. II. R. 37. cz., mely szerint az eskü megítélése után elhalt fél helyett annak legidősb fia vagy firokona tartozik az esküt letenni.

<sup>23)</sup> Így Hahn és Cocceji (1679—1755.) Strippelmann szerint az i. h. 20. j. Ez utóbbinak a porosz törvényhozásbani résztvételéről l. Stobbe Geschichte d. deutschen Rechtsquellen II. 355. és 449. old.

<sup>24)</sup> Pl. Mevius († 1665.) azt, hogy a bizonyítás legalább a pót-  
esküig sikerült legyen. L. Strippelmannál az i. h.

<sup>25)</sup> († 1752-ben.) Med. ad Pandekt. Sp. 144. Med. 2. Lásd Lindelof, Malblanc az i. h.



halált az elfogadott eskü letételével azonosnak csak azon esetben tekintette, ha az elhalt *vir integer probusque, nec de levitate suspectus*, ha az eskü letételére nem csupán meghatalmazottja által, hanem személyesen és komolyan ajánlkozott és végre, ha az eskü letétele az elhunyt kése delme vagy huzavonása által nem akadályoztatott.<sup>26)</sup>

Ezen megszorítások több kevesebb módosítással elfogadtattak más írók által is, így nevezetesen Claproth<sup>27)</sup> Bülow és Hagemann által.<sup>28)</sup> Malblanc az i. h. lényegileg szintén ezt a nézetet követi, azonban a megkínált eskü-nél megkülönbözteti, vajjon a megkínáló önként vagy szükség által kényszerítve kínálta-e meg ellenfelét az esküvel. Az esküt csak az előbbi esetben tekinti letettnek, az utóbbiban ellenben újabb bizonyítást enged meg, nevezetesen az örökösöket tudás vagy nem tudás iránt leteendő esküre bocsáttatni véli. Letettnek tekinti továbbá az esküt mindenesetre, mit szerinte már Leyser is tanított, ha az eskü letételét az ellenfél kése delme vagy huzavonása gátolja.

Így számos elméletek keletkeztek,<sup>29)</sup> melyek némely

<sup>26)</sup> Ezen három kellék cumulativ kívántatott meg. Az utóbbi kelleket Lindelof másként adja elő. Szerinte ugyanis a harmadik kellék az volna, „*praestationem jurisjurandi non mero casu, sed facto quodam adversarii, i. e. tergiversatione in jurando de calumnia vel protestatione, impeditam esse, ut adeo culpa aliqua adversario imputari possit.*” A szövegben előadott felsorolást Malblanc után tettem. L. egyébiránt Malblanc nézetét a szövegben. Amint kiveszem, már Leyser is befolyást tulajdonított az ellenfél vétkességének, de általános kellékkül talán még nem kívánta meg. Magától értetik, hogy az elhalt kése delme alatt, — melyhez az ok nélküli fellebbezést is számították, — csak azon kése delem értetik, mely miatt az eskü a halál közbejötté nélkül nem lett volna megtagadottnak tekinthető. Azon esetet, midőn az eskületétel körüli kése delem következményei még az elhalt életében beállottak, mint ide nem tartozót egész értekezésem folyamában mellőztem.

<sup>27)</sup> Claproth *Einl. in den bürg. Proc.* 3-ik kiadás II. 327. §. megkívánja, hogy, *der verstorbene ein Christ und ein reschtschaffener Mann war*, — továbbá — *auch noch auf seinem Krankenlager an den angenommenen Eid gedacht hat; wenigstens muss diess ausserst glaublich sein etc.*

<sup>28)</sup> L. Lindelof az i. h.

<sup>29)</sup> Malblanc az i. h. „*Hinc mirus Ictorum in decidenda hac quaestione dissensus.*”



particularis törvényhozásban is felvételt találtak.<sup>30)</sup> Mind-ezen elméletek még abban megegyeznek, hogy az esküt a halál miatt tartották letettnek, mortem esse loco jurisjurandi, és pedig mindazon többé-kevésbbé megszorított ratio alapján, nemo moriens immemor censetur aeternae salutis. Nevezzük e felfogást a halál általi hitelesítés elméletének.

Azonban már a Malblanc által és szerinte Leyser által is felállított azon szabály, hogy az ellenfél által okozott késedelem esetében az eskü mindenestre letettnek tekintendő, egy más elmélet befolyását tanúsítja. Ugyanis már Leyser idejében és részben még előbb némelyek<sup>31)</sup> a közönséges német jog szempontjából elvetették a halál általi hitelesítés elméletét, és az esküt csupán akkor tekintették az esküttevő halála esetében letettnek, ha ő az ellenfél vétke által gátoltatott annak letételében. Pufendorf<sup>32)</sup> ugyan az ellenfél vétkességének ezen következményt csak a megkínált eskünél tulajdonítja, mely szerinte szerződésen alapul, ellenben a szükségképi esküt ez okból sem tartja letettnek,<sup>33)</sup> azonban mások ezen megszorítást nem fogadták el és az ellenfél szándékos késleltetése vagy vétke által gátolt esküt általában letettnek tekintik. E nézet lényegileg számos újabb író által követtetett, azonban annak megállapításában és részletes kifejtésében az egyesek ismét eltértek. Így némelyek<sup>34)</sup> azon feltevésből indulnak ki, hogy mindenki az általa okozott késedelem következményeit viselni tartozik és ki kötelezettségének tel-

<sup>30)</sup> Így Malblanc 223. j., továbbá Claproth szerint az i. h. a Cellei Oberapell. Gerichtsordn. az előbbi szerint a nürnbergi Reformatio és a porosz ált. prts 378. §. Ide tartozik az ált. osztrák prts 223. §-a is. Ez utóbbiakra nézve l. Renaud Lehrb. §. 130. N. 25. h. még Begr. des Entw. einer deutsch. Civilp. Ord. 1872. a 410. §-hoz.

<sup>31)</sup> Wernher, Schauburg, Estor, l. Strippelmann az i. h. 24. j.

<sup>32)</sup> Obs. jur. univ. T. I. obs. 56. L. Lindelof.

<sup>33)</sup> Gönner Handb. des bürg. Proc. B. II. XXXIX. 6. §. N. f. Grolman Theorie d. Ger. Verf. 95. §. Danz Grunds. §. 370. szerint csak az elfogadott esküről szólanak. Egyébiránt Pufendorf egyoldalú felfogása ellen kikelnek már Malblanc az i. h. 224. j. Claproth az i. h. c) j. Az alaptalan fellebbezés szintén vétkül rovatott fel. L. egyébiránt ezen elméletek szempontjából a kérdés helyes megoldását Lindelofnál az i. h.

<sup>34)</sup> Günderode és utána Strippelmann. Lásd ez utóbbit az i. h.



jesítésében az ellenfél vétke által gátoltatik, úgy tekintendő, mintha teljesített volna, — a véletlent pedig az tartozik viselni, aki az elveszett tárgyra különös joggal birt (*casus nocet domino*). Ebből folyólag, ha az elhalt maga volt az eskü letétele körül késedelmes, az esküt le nem tettnek, ha pedig az ellenfél hibája által okoztatott a késedelem, azt letettnek tekintik. Az eskünek véletlen által gátolt letétele esetében azonban csak az eskü általi bizonyíthatás vesz el,<sup>35)</sup> más úton bizonyítani még mindig lehet, nevezetesen az eskü letétele az örökösöknek fennhagyható.

Lindelof szerint az eskü általi bizonyítás elrendelése által felfüggesztő feltételes jogviszony keletkezik. Ezen feltétel rendszerint egy bizonyos meghatározott személy által betöltendő. Ha a feltétel véletlen által válik lehetetlenné, miután *casus fortuiti* a *nemine praestantur*, az esküt rendelő határozat feloldandó és a körülményeknek megfelelő más határozat által pótlendő. Ha azonban az ellenfél vétkessége gátolta az eskü letételét, akkor a *dolus* és *culpa* elvei szerint illő, hogy a feltétel teljesítésének lehetetlenségéből következő hátrányt ő viselje. De miután az, hogy az elhalt az esküt valóban le is tette volna, mégsem bizonyos, a hátrány, mely az ellenfélre háramolhat, csak az lehet, hogy az örökösöknek fennhagyassék, az esküt tudomásuk foka szerint, tehát nem tudásuk vagy hitük szerint is letenni, esetleg az esküt visszakinálni, vagy annak letételét, szükségtelenségének kimutatása által (*Gewissensvertretung*) elhárítani. Azon esetről, ha az elhalt maga késleltette az eskü letételét, Lindelof nem emlékezik.<sup>36)</sup>

Ismét mások a bizonyítási eszközök elvesztése esetében általában irányadó elveket veszik segítségül és ez

<sup>35)</sup> A megkínálót minden bizonyítástól elejteni méltánytalan volna. Ő már ugysis vesz. Inkább megfelel, ha a megkínálónak, ki az általa nem okozott kárt kerülni akarja, a kisebb, — mint ha az örökösnek, ki az eskünek az örökhagyó általi elfogadásából hasznot akar húzni, a nagyobb előnyt nyújtjuk.

<sup>36)</sup> Lindelof-ot követi, Bayer Vort. §. 272. Nézetét helyesli, de mindenben nem követi Linde Lehrs §. 311. N. 8.



alapon halál esetében az eskü helyett más bizonyítást engednek, azonban mégis azon esetben, ha az eskü letételét az egyik vagy másik fél hibája gátolta, azt letettnek és illetőleg le nem tettnek tekintik,<sup>37)</sup> vagy pedig ez esetben előbbi állapotba való visszahelyezést engednek, esetleg, ha az ellenfél vétkes, az esküt az örökösök által letehetőnek tartják.<sup>38)</sup>

Mindezen nézetek megegyeznek abban, hogy a halál általi hitelesítés elméletének alapjául fektetett vélelmet elvetik és hogy a kérdésre a *dolus* és *culpa* elveit alkalmazzák. Kiemelendő továbbá, hogy jobbra az esküt bizonyos esetekben az örökösök által letehetőnek tartják.

Ezen elméletek leghelyesebben a feltételes jogviszony alap gondolatára vezethetők vissza. Már itt meg akarom jegyezni, hogy itt a halál már csak az esküképtelenség szempontból jó tekintetbe és hogy ez okból mindezen elméletek az esküképtelenség más eseteire is alkalmazhatók.

A tudomány befolyása a törvényhozásra ezuttal is érvényesült. Több újabb perrendtartás a közbejött halál és általában az esküképtelenség következményeit ez alapon szabályozta.<sup>39)</sup>

Azonban a legújabb tudomány a kérdésnek ily megoldását sem helyeselhet. A legújabbak ugyanis azon fel fogást, hogy az eskü letételének vétkes akadályozása a kérdés eldöntésére befolyással legyen, úgy azt, hogy az eskü letételére kötelezettség vagy jog az örökösökre átszállhasson, el nem fogadják, hanem jobbra azon szempontból, hogy az eskü a perben bizonyítási eszköznek tekintendő, mely a bíró meggyőződésére hat, az utóbb beállott esküképtelenségre minden megszorítás nélkül a bizonyítási eszközök elvesztése esetében irányadó szabá-

<sup>37)</sup> Gönner az i. h.

<sup>38)</sup> Linde az i. h.

<sup>39)</sup> Így a hannoverai prts 291. §-a, a badeni prts 562. és 563. §§-a, a württembergi 603. §-a, a bajor 482. §-a, a hannov. javaslt. 462. §-a. Az 1866-iki osztrák javaslt. is 438. §-ában még egészen ezen álláspontot foglalja el. Ugyanezen elméletből indult ki nálunk is az előbbi gyakorlat, különösen az ellenfél általi fellebbezésre fektetvén súlyt. L. Frank Közig. Törvénye II. R. 438. §. i. jegyz. Suhajda elj. 84. §. b. j.



lyokat alkalmazzák és a bizonyítandó ténykedésre újabb bizonyítási eljárást engednek.<sup>40)</sup> Ezen tan több legújabb német törvényjavaslat által is elfogadtatott.<sup>41)</sup>

Ezzel befejezhetjük a tan történeti fejlődésének vizsgálatát. Ennek ismeretével felszerelve vizsgáljuk most már a perrendtartásunknak intézkedését.

## II.

A ptr. 244. §-a azon esetre, ha a fél, kinek az eskü odaitéltetett, elhal, két rendelkezést tartalmaz, t. i. az eskü bizonyos — a törvény által ugyan nem említett — esetekben a fél jogutódjai által letehető: bizonyos a törvény által világosan előírt feltételek mellett pedig az az elhalt által letettnek tekintendő.

Válasszuk el e két önálló rendelkezést és vizsgáljuk először is az utóbbi eredetét.

Amint már fennebb megjegyeztük, az 1781-iki osztrák általános perrendtartás 233. §-a a halál általi hitelesítés elméletén alapul, még pedig azon elméleteken, melyek az alapvélelmet csak bizonyos megszorítások mellett látják igazoltnak.

A törvény szerkesztésének ideje, mely ép a kérdéses elméletek uralkodásának korába esik és azon általában elismert igazság, hogy a törvények a keletkeztük idejében uralgó jognézeteket tükrözik vissza, magukban igazolják ezen állítás helyességét. Az osztrák törvénykezési jogról különösen tudjuk, hogy az csak a közönséges német jognak elágazása, mely az anyatörzsszel együtt fejlődött és hogy nevezetesen az ált. ptr. egészben véve az akkori közönséges német törvénykezési jogon és theorián alapul.

A 233. §-ra nézve annak szövege és az utólag ma

<sup>40)</sup> Így Renaud 130. §. Endemann Beweisl. 123. §., ugyanaz Civilproc. 202. §.

<sup>41)</sup> Az 1864-iki német j. 413. §-a, az 1872-iki 410. §-a.



gyarázataul kibocsátott udvari rendeletek ez irányban minden kétséget kizárnak.

A 233. §. a következően hangzik: „Wenn Jemand vor Ablegung eines ihm zuerkannten Eides stürbe, wäre solcher Eid, falls er sich hiezu gerichtlich angeboten, und die Ablegung desselben weder durch die ergriffene Appellation, noch sonst verzögert hat, für abgeschworen zu halten.“

Az udv. rendeletek közül, különösen az 1784. jul. 14-ről kelt, hozzáteszi, hogy a bíróság előtt felajánlott eskü a fél halála folytán letettnek tekintendő, akár az ítélet hozatala előtt, akár pedig azután halt el a fél; az 1795-iki március 5-ről kelt udvari rend. pedig az eskünek valamely periratban történt felajánlását csak akkor tekinti bíróság előtti felajánlásnak, ha a fél a periratot sajátkezűleg aláírta, vagy ha az ügyvéd kimutathatja, hogy a fél által aláírt species facti-ban az eskü felajánlására különösen felhatalmaztatott; az 1792. ápr. 26-ról kelt pedig elrendeli, hogy a 233. §. azon esetben is alkalmazandó, ha a fél a megkínált főeskü elfogadása után elhalt.

Ezen értelmező rendeletekből kitűnik, hogy a súly arra helyeztetett, vajjon a fél felajánlotta-e és illetőleg elfogadta-e az esküt, és vajjon birt-e erről személyesen tudomással.<sup>42)</sup>

Az ált. ptr. 233. §-a a pótló rendeletekkel együtt átmént az 1852. évi szept. 16-án Magyarország részére kihirdetett ideiglenes ptr.-ba. Ennek 255. §-a következően hangzik: „Würde die Ablegung des Eides durch den vor oder nach dem Urtheile erfolgten Tod der Partei unmöglich gemacht, so ist dieser Eid nur dann für abgeschworen zu halten, wenn die Partei sich zu dem selben erboten, hierüber entweder ihre Erklärung persönlich bei Gericht abgeben, oder die gerichtliche Eingabe worin das Anerbieten enthalten ist, eigenhändig unterschrieben,

<sup>42)</sup> Az általam ismert osztrák írók úgy látszik nem ismerik e §. értelmét. Így Beidtl: Das ord. Verf. §. 240. Füger. Wessely. Gerichtl. Verf. 7-te Aufl. §. 233. mivel sem mondanak többet, mint a törvény és az utólagos rendeletek.



u. die Ablegung des Eides weder zu verzögern, noch durch Beschwerdeführung abzulehnen gesucht hat. Von dem durch einen Sachwalter angebotenen Eide gilt dieses bloss in dem Falle, wenn die Partei zu diesen Anerbieten einen besonderen schriftlichen Antrag ertheilt, und zugleich die Umstände, die sie beschwören will, bestimmt angegeben hat.“<sup>43)</sup>

Ha ezen §-sal perrendtartásunknak 244. §-át összehasonlítjuk, félreismerhetetlen, hogy abból nemcsak az értelem, hanem még egyes kifejezések is átvétettek. Csúppán azon intézkedés nem talált felvételt, hogy az elhalt fél késedelmezése esetében az eskü nem tekinthető letettnek.

Ezek szerint perrendtartásunk 244. §-ának azon intézkedése, hogy az eskü az elhalt fél által bizonyos feltételek mellett letettnek tekinthető, a halál általi hitelesítés elméletén és a legvégső elemzésben azon vélelmen alapul, nemo moriens immemor aeternae salutis censetur. Sőt ezen alapvélelem perrendtartásunkban még élesebben ki van fejezve, mint az ált. osztr. vagy az ideigl. ptr.-ban.

Ezen alapgondolat segélyével könnyen eldönthetjük a jelen értekezés bevezetésében felvetett kérdéseket. Teljes biztossággal állíthatjuk, hogy a 244. §. rendelkezése ezen irányban az eskü elfogadása vagy felajánlása után beállott elmebetegség, vagy más esküképtelenség esetében sem a törvényt magyarázat, sem pedig a törvényhasonlaltosság útján nem alkalmazható. A törvény kifejtett ratiója szerint bizonyos, hogy az más esetre, mint a halál esetére nem gondolt és nem akarhatott gondolni. Bizonyos az is, hogy a törvény kiterjeszthető jogi alapgondolattal nem bír. Azt, hogy a törvény, ha a felvetett esetre gondolt volna, hasonlóan intézkedik, a logika szabályai szerint egyáltalában nem mondhatjuk. Sőt az is világos, hogy a két eset tulajdonképpen nem is hasonló egymáshoz. Az esküképtelenség egyéb eseteinél hiányzik azon

<sup>43)</sup> Schuster Civilpr. §. 256. Egy teljes oldalon igyekezik e §-t megmagyarázni, de sikertelenül. A valódi alapgondolatot, mely talán mégis legfontosabb az egész 255. §-ban, egy szóval sem említi.



momentum, mely miatt a törvény a halált az eskü letételével azonosítja.

Könnyen átláthatjuk továbbá azt is, hogy a hannoverai ptr. 291. §-a és perrendtartásunk e részbeni intézkedése között jogászilag semmi hasonlat sincs, hogy azt felvilágosításul, vagy csak rendelkezésének idézése mellett, összehasonlításul is használni nem lehet. Azt, hogy miért említi több újabb ptr. a halál mellett az elmebetegséget vagy általában az esküképtelenséget is, és hogy miért kellett ezt következetesen felemlíteni, már fennebb láttuk.

Commentátoraink tudtommal kivétel nélkül vagy semmi említésre méltót sem szólnak e §-nál,<sup>44)</sup> vagy pedig annak rendelkezését hamisan fogják fel. Az utóbbiakhoz tartozik nevezetesen Herczeg,<sup>45)</sup> kinek ezuttal ismét nem sikerült „az országgyűlésileg alkotott rendszer” megtartása mellett a törvény „lehető vagy képzelt hiányait, hézagait egymásután következő szakaszok szerint földeríteni és kiegyenlíteni.”<sup>46)</sup>

Szerinte a ptr.-ban előírt feltételek mellett azért tekintetik a valósággal le nem tett eskü jogilag letettnek, „mert nagy valószínűség harcol a mellett, hogy az elhunyt azt letette volna, ha életben maradandott.” Megengedem, hogy ezen valószínűség létezik, sőt az minden megítélt esküre kiterjed, mert mint általában ismeretes, <sup>47)</sup>aránylag ritka eset, hogy a megítélt eskü le nem tétetik. Még azt is megengedem, hogy a törvény szerkesztői ilyesmire gondoltak, bár azt hiszem, hogy egyáltalában nem gondoltak másra, mint az idgl. ptr. 255. §-ának átvételére.<sup>47)</sup> De az, hogy a törvényben úgy, amint az ki van hirdetve, ezen gondolat volna alapul felvéve, határozottan hamis. Szerző

<sup>44)</sup> Így Apáthy Polg. törv. rendts 1-ső kiad. 183. old. és a 244. §-nál, Gröisz M. p. törvk. rendts 244. §.

<sup>45)</sup> Ökrössről már fennebb emlékeztünk.

<sup>46)</sup> Herczeg munkájának előszavában ezen módszert tartja helyesnek.

<sup>47)</sup> Analogiának egyébiránt a szerző által felvett alapgondolat mellett sem volna helye, de mindenesetre feltűnő volna, hogy a ptrndts szerkesztői az esküképtelenség egyéb eseteiről nem emlékeztek.



különben maga sem veszi komolyan ezen indokolását, mert alig egy oldallal lejjebb egy további ismét egészen hamis értelmet fektet e §-ba, t. i. szerinte „ha az elhunyt az esküt azért nem tette le, mert abban az ellenfél rosz akarata vagy vétke által gátoltatott, kiki saját tettének következéseit viselni tartozván, úgy tekintetik, mintha az esküt az elhunyt letette volna“.

Ezen rövid kitérés után lássuk a 244. §. azon további rendelkezését, hogy az eskü a jogutódok által is letehető. Bővebb kifejezést nem igényel, hogy csak akkor, ha a jogutódok esküképesek és az esküvel eldöntendő ténykörményről közvetlen tudomással bírnak.<sup>48)</sup>

E rendelkezés azon felfogáson alapul, hogy az eskü megítélése által annak letételére jog és kötelezettség keletkezik, mely jog és kötelezettség másra, nevezetesen az örökösökre átszállhat. Hogy honnan vették ptr.-unk szerzői e felfogást, nem tudom. Lehet, hogy régibb eljárásunkból, lehet, hogy valamely újabb ptr.-ból, mely a tudománynak általunk már ismertetett felfogása alapján ezen rendelkezést tartalmazza.<sup>49)</sup> Egyébiránt, miután mind régibb hazai jogunk, mind az újabb ptr.-ok ugyanazon alapgondolattal bírnak, sőt végelemzésben ugyanazon forrásból, t. i. az eskünek germán felfogásából merítették, ez egészen közömbös.

Ezek szerint tehát a ptr. ezen további rendelkezése az eskünek természetéből levont jogi alapgondolattal bír. Ezen alapgondolat azonban valóban kivételes. A ptr. ugyanis az esküt bizonyítási eszköznek tekintí, mint ilyenek természetéből pedig egyáltalában nem következik, sőt azzal ellenkezik, hogy annak letehetése másra átruházassék. E részben tehát a ptr. ugyan az eskünek jogi természetéből, de annak helytelenül és önmagával ellenkezésben felfogott jogi természetéből indul ki. Ily valóban kivételes rendelkezésnél fel nem tehetjük, hogy a törvény azt tágabb körben akarta volna érvényesíteni,

<sup>48)</sup> Az utóbbi kellékeket Groisz, Herczeg és Apáthy is felemlítik az i. h.

<sup>49)</sup> Lásd a 22. j. Renaud az Arch. f. civ. Pr. XLIII. 86. jegyzet.



akkor, midőn annak kiterjesztése egyébként nincs indokolva.

A törvény az elhalt jogutódai alatt csakis annak örököseit értheti. Az eskü letételére jog és kötelesség átszállása csak abban találhatja némi igazolását, hogy az örökösök az örökhagyó személyiségét képviselik. A singularis successiónál ez nem áll. De ezen értelmezést maga a törvény szavai is igazolják, az elhalt jogutódai alatt, a szavak közönséges és technikus értelmében is, az örökösöket szokás érteni.

Az esküképtelenség többi eseteire még azért sem alkalmazhatjuk e rendelkezést, mert azoknál jog és kötelezettség átszállásáról nem szólhatunk, pedig a törvény ép ebből indult ki.<sup>50)</sup>

Nem hagyhatjuk itt érintetlenül a törvény két rendelkezésének egymáshoz viszonyát. A törvény arról világosan nem intézkedik, vajjon ha a feltételek léteznek, melyek alatt az eskü letettnek tekinthető, az tekintet nélkül arra, vajjon az örökösök az esküt letehetik-e, letettnek tekintendő-e, vagy pedig ennek csak akkor van-e helye, ha az örökösök az esküt le nem tehetik, tehát ezen utóbbi körülmény az előbbinek előfeltétele-e, vagy pedig fordítva.

Amint láttuk, a törvény mindkét rendelkezése kivételes, de mégis az egyik rendelkezés legalább jogi alapgondolattal bír, és kevésbbé tér el a dolog természetétől, mint a másik, mely azzal egyenes ellentétben áll. Miután az, hogy a törvény a szükségesen túl el akart volna térni a dolog természetétől, fel nem tételezhető, nézetem szerint szabályul veendő, hogy az esküt mindenek előtt az örökösök tartoznak letenni, a halál általi hitelesítés pedig csak végső menedék. Talán a törvény által használt kifejezésből is inkább erre lehet következtetni.

Mindkét rendelkezés kivételes voltából és történeti eredetéből következik, hogy azokat az egyességleg megállapított esküre nem lehet alkalmazni.

<sup>50)</sup> Csőd esetében, ha ugyan itt vagyónátszállásról szólhatunk, a bukott esküképtelensége nem áll be.



A halál általi hitelesítés véelme a dolog természeténél fogva csak a bizonyítási eskünél alkalmazható, — már pedig az egyességi eskünél a bizonyítási erő egészen közömbös, még ptr.-unk szerint is. Ellenben az egyesség szerződési természete nem tűri meg, hogy a fél rendelkezésében kifejezett akarata ellen, az esküt letettnek tekinteni, vagy pedig akarata ellenében egy harmadik eskűjében megnyugodni tartozzék.<sup>51)</sup>

Eddigi vizsgálódásunk eredményét összefoglalva, a következő tételeket állítjuk fel: A ptr. 244. §-ának azon rendelkezése, hogy az eskü bizonyos feltételek alatt letettnek tekintendő, azon véelmen alapul, *nemo moriens immemor aeternae salutis censeatur*; azon további rendelkezés, hogy az eskü az elhalt helyett annak örökösei által (kikre a jogutódok kifejezés vonatkozik) letehető, azon felfogásból indul ki, hogy eskü megítélése által kötelemszerű viszony keletkezik, mely a fél részére jogot és kötelezettséget állapít meg az esküt letenni; ezen jog és kötelezettség az örökösökre is átszáll. Egyik rendelkezés sem terjeszthető ki az esküképtelenség más eseteire, úgy az egyességi esküre sem. Az eskü mindenekelőtt az örökösök által leteendő s csak ha ezek esküképtelenek, vagy az eldöntendő tényről tudomással nem bírnak, lehet az esküt a halál okából letettnek tekinteni.

Ezek után azon kérdés eldöntése marad még fenn, mi történik akkor, ha a megítélt eskü utólag beállott más esküképtelenség miatt nem tétethetik le, vagy ha azt sem az örökösök le nem tehetik, sem pedig az a ptr. szerint letettnek nem tekinthető, vagy végre ha az esküendő fél az egyesség megkötése után elhal vagy esküképtelen lesz.

Ezen kérdésnek megoldását az eddigi elméletek, úgy

<sup>51)</sup> Hogy a halál általi hitelesítés az egyességi esküre nem alkalmazható, az i. h. Schuster is állítja. Utána indul Herczeg is, csak hogy ismét hibásan. Ugyanis az i. h. azt mondja: „az egyességi esküre ezen intézkedés nem alkalmazható, — az eskütől feltételezett peralku a halál véletlen bekövetkezése által érvénytelenné lesz.” Miért csak a halál véletlen bekövetkezése esetében? Talán mert Schuster itt Zufall-nak nevezi a halált.



a ptr. 244. §-ának kritikájával, valamint a nézetem szerint helyes elmélet rövid megalapításával akarom egybekapcsolni. Ez legyen a következő rész feladata.

### III.

Hogy azon alapvélelem, *nemo moriens immemor aeternae salutis censetur*, valamely jogszabály indokaként, sem egyéb általánosságban, sem előfeltételeinek szorosabb meghatározása mellett, az elfogulatlan bírálat előtt meg nem állhat, alig szorul igazolásra. *Non omnis moriens est Joannes Evangelista*, mondá már Baldus és Leyser helyesen utal Richelieu példájára, ki gyóntató atyái rábeszélése dacára halálos ágyán sem akart megtérni.

Jól mondja továbbá Gönner, hogy sok ember a halál által meglepetik, és hogy a legritkább esetben gondolkodik az emberek éltük utolsó napjaiban pereikre és esküjeikre, melyek letételére gyakran hosszabb idő előtt ajánlkoztak. Ehhez járul, hogy gyakran a legbecsületesebb ember is a megfontoltan ajánlott eskütől közvetlenül annak letétele előtt riad vissza.<sup>52)</sup> De ettől eltekintve kétségtelen, hogy az esküt letettnek tekinteni, midőn az le nem tételt, mindig csak *fictio* marad. Már pedig jogilag képzelni csak ott szabad, hol az szükséges, hol a kérdést másként kielégítően megoldani nem lehet.

Perrendtartásunknak a középkori rajongás egy terményén alapuló ezen intézkedését tehát helyeselni nem lehet.

De nem helyeselhetők azon elméletek sem, melyek az eskü megítélése által létesült feltételes jogviszonyból, vagy más alapból is kiindulva, az eskületétel körül a *dolus* és *culpa* vagy a *mora* szabályait akarják alkalmazni.

Az eskü megítélése által létesült feltételes jogviszony ugyanis nem képezi a perbeli eskü lényegét, nem a dolog természetét, hanem az az eskü megítélésének csak esetleges következménye, melyet kiindulási pontul felvenni nem kell és nem szabad. E mellett a *dolus* és

<sup>52)</sup> L. ezek iránt Lindelofot az i. h.



culpa, úgy a késedelem szabályainak alkalmazása is helytelen.<sup>53)</sup>

Ami különösen a dolus és culpa szabályait illeti, ép ezek helyes alkalmazása mellett más eredményre jutunk. A főhely, melyre itt hivatkoznak<sup>54)</sup>, a L. 161. D. de R. J. (50. 17.) „Quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.” Ámde ezen más helyeken is kimondott<sup>55)</sup> szabálynak értelme az, hogy a teljesedésben meggátolt feltétel akkor tekintetik betöltöttnek, ha a meggátolás szándékosan, ép a feltételt megállapító rendelkezés ellenére történt.<sup>56)</sup> Ha tehát a megítélt esküt feltétel szempontjából is fognánk fel, az az ellenfél vétké miatt csak akkor volna betöltöttnek tekinthető, ha az ellenfél egyenesen az eskü letételét akarja meggátolni. De ezen esetben a szabályt következetesen akkor is kellene alkalmazni, midőn az eskü letétele utólag nem is vált lehetlenné, mert a szabály értelmében a feltétel teljesültének fictiója nincs azon körülményhez kötve, hogy a teljesedés a gátolás következtében lehetlenné vált legyen. Ha pedig a szabály alkalmazását csak az eskü letételének lehetlensége esetére akarnánk szorítani, akkor nem szabad szem elől téveszteni, hogy az eskü letételét tulajdonképpen nem az ellenfél vétkessége, hanem a közbejött halál gátolta, hogy tehát ez esetben következetesen ismét

<sup>53)</sup> Nem ugyanazért, mint Endemann Civilpr. §. 202. N. 49. gondolja, mert ez subtilis megkülönböztetésekre, gyakorlati nehézségekre vezetne. Ez nem volna ok, ha a kérdés helyes megoldása itt rejlének.

<sup>54)</sup> Lindelof az i. h. §. 9. Bayer Vortr. az i. h.

<sup>55)</sup> L. ezeket az előbbi jegyzetben idézett helyeken és különösen Savigny Syst. III. 140. old. N. g.

<sup>56)</sup> L. Savigny az i. h. 141. old. h. j. Arndts Pand. §. 69. Unger Syst. II. §. 82. N. 38. Savigny szerint „der Grund derselben (t. i. der Fiction der Erfüllung) liegt in dem Dolus desjenigen, der aus Eigennutz den durch die Willenserklärung in die Bedingung gelegten Character der Zufälligkeit und Ungewissheit aufhebt; dieser Dolus soll ihm keinen Vortheil bringen.” Talán hozzávehetjük, hogy a meggátló a meggátolás ténye által azon szándékát nyilvánítja, miszerint ő maga sem akarja, hogy a feltétel teljesedésbe menjen és a dolus folytán következetes, hogy ezen szándék éle ellene fordíttassék.



azt kellene mondanunk, hogy a szabály alkalmazásának csak akkor van helye, ha a halált az ellenfél idézte elő és pedig azon célzattal, hogy az eskü letételét gátolja. Egyébiránt a kérdéses elmélet újabb követői (Lindelof, Bayer), úgy látszik maguk is kételkednek az alapul vett kiindulási pont erejében, mert a gátolt esküt nem tekintik letettnek, mint ezt következetesen tenniök kellene, hanem az ellenfél vétkessége esetében csak az örökösöket vélik az eskü letételére bocsátandóknak.

A késedelem szabályait<sup>57)</sup> alkalmazni azt tételezné fel, hogy az eskü az ellenfélnek tartozó magánjogi szolgáltatás. Ezt még a megkínált eskünél sem, melynek a perbeli jelentőségét a felek közt létrejött szerződésre szokták alapítani, — sőt még a kétségtelenül szerződésen alapuló egyességi eskünél sem mondhatjuk. Mert eltekintve attól, hogy ezen szerződések nem magánjogi, hanem közjogi jelleggel bírnak, a szerződés nem az eskü letétele, mint szolgáltatás iránt, hanem egyes ténykérdés eldöntése és így közvetve, vagy az egyességnél épen közvetlenül, a per tárgya iránt köttetik. A szerződési szolgáltatás anyagát a per tárgyából meríti, a késedelem tehát, melynek a szerződési elem miatt befolyást tulajdoníthatnánk, csak a per tárgyára vonatkozó szolgáltatás körül követhetnének el. Hogy az eskü letétele körül, mora solvendi vagy mora accipiendi-ről nem szólhatunk, világos. Vagy ki állítaná fel komolyan az esküvel adós, és az esküt hitelező fogalmát.<sup>58)</sup>

A helyes felfogás ezen irányban az, hogy az eskü letételére nem magánjogi, hanem közjogi, perbeli kötelezettség létezik. Ezen közjogi kötelezettségre nem a magánjogi, hanem a közjogi, perbeli késedelem, azaz a contumacia szabályait lehet csak alkalmazni. E mellett még a

<sup>57)</sup> A Lindelof által idézett szabályok a L. 273. §. 2. D. de R. J. (50. 17.) „Unicuique sua mora nocet.” Továbbá U. o. L. 38. „In omnibus Causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quominus fiat.” L. egyébiránt a mora következményeire vonatkozólag Arndts Pand. §. 251.

<sup>58)</sup> L. Arndts az i. h.



magánjogi mora következményeinek is helyt adni teljesen eltévesztett felfogás.

De térjünk át, azon ptr.-sunkban is kifejezést nyert felfogásra, mely a megítélt eskü letételerei jogot és kötelezettséget az örökösökre átszállhatónak tartja. Hogy ezen felfogás alapján téves, már a fentebbiekből kitűnik. Az eskü letételére nem létezik magánjogi jog és kötelezettség. De még ha az eskü letehetését ezen szempontból is fog-nánk fel, arra mindenesetre csak oly személyes (höchst-persönlich) jog és kötelezettség létezik, mely az örökösökre át nem szállhat. Az eskünek átszállhatatlansága mellett ép annak szerződési természetéből levont érvek is harcol-nak.<sup>59)</sup> A megkínált eskü személyes bizodalmon alapul. Lehet, hogy a bizonyító fél a változott körülmények kö-zött az esküt nem kínálta volna meg és illetőleg az ellen-fél azt nem kínálja vissza. Lehet, hogy az örökösök azt visszakinálnák. A szükségképi eskünél ugyan nálunk a változott körülmények befolyása nem oly szembeötlő mint ott, hol a tisztító eskü intézménye el van fogadva és hol a bírónak némileg szabad belátásától függ pót- vagy tisztító esküt itélni, de mindenesetre nálunk sem vitatható el, hogy a bizonyítási eljárás eredménye talán másként ala-kul, ha már eredetileg az örökösök vesznek abban részt.

Ezek szerint tehát ptr.-unknak másik rendelkezése is helytelen alapon nyugszik.

A kérdés helyes megoldását csak az eskünek ter-mészetéből meríthetjük.

Az uralgó, bár megállapodottságra nem emelkedett nézet szerint a perbeli eskü mai nap bizonyítási eszköz, ugyan csak formális bizonyítási eszköz, de mégis arra hi-vatva, hogy a bíró meggyőződését a legalis bizonyítási szabályok szerint előidézze. A megkínált esküben a szer-ződési elem csak annak bizonyító erejét emeli, de nem képezi annak lényegét.<sup>60)</sup>

<sup>59)</sup> Ezeket Lindelof az i. h. §. 7. és 8. bővebben kifejti és mégis következetesen nem viszi keresztül, amennyiben, ha az ellenfél vétke gátolja az eskü letételét, az örökösöket bocsájta esküre. Kettős tévedés.

<sup>60)</sup> L. pl. Savigny Syst. VII. 86. old. „Der Eid ist jetzt blosses Beweismittel etc.“ Renaud. Lehrb. §. 127. §. 132. Endemann Civilpr.



Ezen lényegileg a legtöbb újabb író által követett felfogás mellett, az eskü természetének egy más elmélete is létezik. Jóllehet mindkét elmélet mellett, bár különböző kiindulási pontokból, ugyanazon eredményekre kell jutni, e másik elméletet saját álláspontom megóvása végett szükséges felemlítenem. Ezen általam helyesnek ismert, bár először nem általam felállított elmélet<sup>61)</sup> lényege a következő. Az eskü mai nap lényegileg ép oly perbeli cselekmény, mint volt a classicus római jog idejében, mely valamely kétes tény valóságát eldönti, de nem bizonyítja, azaz az eskü nem bizonyítási, hanem eldöntési eszköz (Entscheidungsmittel).<sup>62)</sup>

Az eskünek a perbeli jelentősége ugyanaz, mint a bíróság előtti beismerése, csak hogy ott a bizonyítás előre feleslegessé tétetik, itt pedig a nem bizonyítás pótoltatik. Mindkettő az igazságnak fictióját létesíti.<sup>63)</sup>

§. 201. Wetzell §. 25. Még azon elterjedt nézetet is elfogadhatják, hogy a megkínált eskü egyességi intézmény (Vergleichsinstitut) és bizonyítási eszköz egyszersmind. L. pl. Linde §. 302. Bayer §. 262. Endemann az i. h. A mi célunkra ez közömbös.

<sup>61)</sup> Többé-kevésbé homályosan a legtöbb írónál feltalálhatók annak alapjai, teljesen kifejtve és megalapítva és az eskü minden nemére kiterjesztve találtam azt Kraussoldnál. „Zur Lehre vom Eide als Beweismittel im Zivilpr. 1857.“

<sup>62)</sup> Hogy a római jogban az in jure megkínált eskü pereldöntési eszköz volt, általában el van ismerve, kevésbé történik ez az in judicio alkalmazott eskü tekintetében, melyet a római jogászok egynémely kimondása alapján (l. ezek értelmezésére nézve egyébiránt Kraussold i. m. a 27. és következő oldalon) jobbra már a római jog vagy legalább az újabb római jog szempontjából is bizonyítási eszköznek szokás tekinteni. L. Savigny Syst. VII. 313. §. és különösen a szükségképi esküre nézve u. o. a 83. oldalt. Egyébiránt Savigny csak ez utóbírói „mondja,“ „dieses ist reines Beweismittel.“

<sup>63)</sup> A megkínált eskünek ezen természetét Savigny is több helyen hangsúlyozza, így az i. h. 53. old. „Aus dem Eide entsteht dann stets förmliche Wahrheit, sowie aus dem gerichtlichen Geständniss“, továbbá a 63. oldalon: „Die Wirkungen des zugesprochenen und wirklich abgeleisteten oder erlassenen Eides sind sehr mannichfaltiger Art, lassen sich aber auf die gemeinsame Grundlage zurückführen, dass der Eid förmliche Wahrheit, d. h. Fiction der Wahrheit bildet, in welcher Hinsicht er ganz auf gleicher Linie steht mit dem gerichtlichen Geständniss und dem Urtheil. Diese förmliche Wahrheit ist gleichmäs-



A bíró mind a beismerést, mind az eskü letételével, illetőleg megtagadásával eldöntött állítást meggyőződésére való tekintet nélkül tartozik valónak, s illetőleg az eskü-nél valótlannak is felvenni. Mindkettőnél a felek maguk döntenek el a kétes ténykörülményt, e részben mintegy maguknak bírái.<sup>64)</sup>

sig anzuerkennen, es mag der Eid geschworen sein über ein Rechtsverhältniss oder über eine Thatsache.“ Az in iudicio megkínált eskü megtagadásának következménye szerinte szintén ugyanaz, mint a bíróság előtti beismerésé, l. a 81. oldalt. Ha Savigny e mellett elismeri, hogy a római főeskü lényege a mai jogban is fenn van tartva, (l. a 89. és 90. oldalt) és mégis a 86. oldalon azt mondja: „Der Eid ist jetzt blosses Beweismittel, und kann nur über reine Thatsachen, nicht über Rechtsverhältnisse zugeschoben werden“, azt hiszem, félreismeri a dolog lényegét. A bizonyítási eszköz, illetőleg az abban fogalmilag megkívántató bizonyító ok lényege ugyanis az, hogy a bírónak (habár a bizonyítási szabályok által korlátozott) meggyőződésére hasson, hogy a bíró annak folytán valamit valónak tartson, mert arról meg van győződve. Ez a bizonyítás célja. Az eskü letétele vagy megtagadásának ellenben ép úgy mint a bíróság előtti beismerésnek ereje nem a bíró meggyőződésére való hatásban áll, — „dieses Geständniss (t. i. das gerichtliche) mondja Savigny az i. h. 41. oldalon — also ist nicht (so wie jedes wahre Beweismittel) (tehát nem valódi bizonyítási eszközök is léteznének?) ein Motiv für den Richter, so oder anders zu sprechen, sondern eine Feststellung von Gegenständen, wo über er sich des eigenen Urtheils zu enthalten hat.“ Az, hogy eskü mai nap az ítéletet nem teszi feleslegessé, mint tette a római in iure megkínált eskü, nem változtat annak lényegén. Egyébiránt az ítélet az esküvel eldöntött ténykérdés tekintetében, csakis egyszerű constataciónak jellegével bír. Nem tartom egyébiránt helyesnek, ha Kraussold 143. old. a bíróság előtti beismerés és az eskü által létesített valóság között különbséget vesz fel, az előbbit formális, az utóbbit fingált igazságnak nevezvén. Tudtommal egészen új és helyes állítása Kraussoldnak, hogy a pót- és tisztító eskü természete nem lehet más, mint a megkínált esküé, mert az eskü erejében és hatásában fokozatokat okszerűen felvenni nem lehet. (Kraussold 141. old.) Midőn a bizonyítás nem teljesen sikerült, nem a bizonyíték kiegészítése vagy lerontása, hanem a tulajdonképpen hatálytalan bizonyításnak más utóni pótlása szükséges az ügy eldönthetése végett. A nem teljes bizonyíték csak az eskü megítélését szabályozza.

<sup>64)</sup> Sokat lehetne még az eskü és bizonyítási eszköz közötti különbségről írni, mit ezen értekezés céljánál fogva kénytelen vagyok mellőzni. Csupán e felfogás azon systematikus előnyére akarok még utalni, melyet az az eskü és a bizonyítási eszközök közötti különbségek elvileges megadásánál nyújt. E felfogás mellett könnyen meg-



Ha az esküt bizonyítási eszköznek tekintjük, akkor kétségtelen, hogy annak bizonyító ereje csak a letétel vagy annak megtagadása, vagyis a bizonyítási eszköz productiója alkalmával nyilvánul. A bíró meggyőződésére minden bizonyítási eszköz csak akkor hathat, midőn az tényleg producáltatik, vagyis miután az eskü productiója annak letételében vagy megtagadásában áll, midőn az letételik vagy megtagadtatik. Az eskü letételének lehetetlensége pedig a megtagadással nem azonosítható, mert a bíró meggyőződésére ép az hat, hogy a fél az esküt letenni nem akarja.<sup>65)</sup>

Ha pedig az eskü perbeli eldöntési eszköz, akkor kétségtelen, hogy az esküképtelenné vált fél a ténykérdést már el nem döntheti, nem lehet abban bíró. Ezen lehetetlen eldöntést jogilag képzelni nincs ok. Ha az esküt perbeli cselekménynek tekintjük, nincs indokolva, hogy annak lehetetlensége esetében más szabályokat alkalmazunk, mint más perbeli cselekmények lehetetlensége esetében.

magyarázható, miért alkalmazható az eskü csak (hogy a közönséges szólásmóddal éljek) egyéb teljes bizonyíték hiányában, — miért nem használható az ellenbizonyításul; miért nem tűr maga ellen bizonyítást. Az úgynevezett Gewissensvertretung és az ellenbizonyítás közötti különbség (l. Wetzell III. kiad. 288. l.) szintén igen világos. Nemkülönbben természetes, hogy miért nincs esküvel eldöntött perekben perújításnak helye. A szükségképi esküvel eldöntött perek megújítását ugyan általában megengedhetőnek tartják, l. pl. Savigny az i. h. 83. old. Wetzell az i. h. 281. old. Renaud 411. old., de ezt az ily eldöntési eszköznek kényszerített alkalmazásából egészen jól meg lehet magyarázni, anélkül, hogy azért ezen eskünek bizonyító erőt kellene tulajdonítani.

<sup>65)</sup> Jól mondja Bayer az i. h. §. 262. 3. „Die Zuschiebung des freiwilligen Haupteides geschieht keineswegs in der Erwartung, dass der Delat wirklich schwören werde, sondern vielmehr umgekehrt in der Hoffnung und mit dem Wunsche, dass er nicht schwören werde.“ L. Savigny-t is az i. h. 54. old. És valóban a megkínált főeskü úgynevezett bizonyító ereje nem az eskü letételében, hanem annak megtagadásában nyilvánul. Másként volna ez a visszakinált főeskünél, hol a bizonyító erő az eskü letételében az affirmatio religiosa-ban rejlenék. Ugyanezen ellentét mutatkozik a pót- és tisztítóeskü között is. Ha az eskü bizonyítási eszköz, mindenesetre nagyon különös bizonyítási eszköz, melyben ha akarom itt, ha akarom ott fekszik a bizonyító ok.



Az eskü természetének bármelyik felfogásából kiindulva sem tekinthetjük tehát a valósággal le nem tett esküt letettnek és ép oly kevésbé a lehetetlenség miatt le nem tehető megtagadottnak, hanem egyszerűen azt kell mondanunk, hogy a halál vagy egyéb esküképtelenség folytán az eskü általi bizonyítás vagy eldöntés lehetlenné vált. Ezen, a valóságnak kétségtelenül leginkább megfelelő tételből azután ép oly természetesen folyik azon további tétel, hogy ha az ítéletnek alapjául fektetett bizonyítási vagy eldöntési mód lehetetlen, ezen ítélet meg nem állhat, hanem az ügyet másként kell eldönteni. Itt azután csak az lehet a kérdés, vajjon egyszerűen újabb ítélet hozassék-e, vagy pedig az ügy a bizonyítási stadiumba visszavezetessék. Az előbbi mellett az látszik harcolni, hogy az eskü általi eldöntésnek úgy is csak bizonyítási eszközök nem létében van helye, hogy tehát az eskü megítélése után világos, hogy a tény be nem bizonyítható. Azonban ha figyelembe vesszük, hogy az eskü megítélhetésének előfeltétele nem a bizonyítási eszközök abszolút hiánya, hanem csak azok produktiójának vagy legalább megnevezésének hiánya és hogy a felek gyakran az eskü általi eldöntés egyszerűsége miatt mellőzik a talán bonyolultabb bizonyítást, a tényt az eskü megítélése miatt nem mondhatjuk még *be nem bizonyítható*-nak. Másrésről az eskü általi eldöntés választása a feleknek meg lévén engedve, őket azért, mert bizonyítási eszközeiket nem produkálták, azok elvesztésével sujtani nem lehet. Csupán a már letelt bizonyítási határidő gátolná az újabb bizonyítási eljárást. Azonban ezen egyedül célszerűségi okból fennálló gátat lerontani, a per valódi céljának, t. i. valamely kétes magánjogi viszony tisztába hozatalának elérhetése végett szükséges és teljesen indokolva van. A bizonyítási határidő letelte ellen a bizonyítási eszközök elvesztése esetében nehézség nélkül engedünk orvoslást<sup>66)</sup> és bárminek is tartsuk az esküt,

<sup>66)</sup> Az általános nézet szerint ugyan csak akkor, ha a kellő időben megnevezett bizonyítási eszköz a bizonyító vélke nélkül veszett el. L. Renaud Lehrb. §. 99. 25. j. és az ott megnevezettek. Ezt Renaud



annyi bizonyos, hogy az kétes tények kétségtelenné tételére irányul és hogy ennél fogva annak elvesztése esetében más szigorúbb szabályokat alkalmazni, mint a bizonyítási eszközök elvesztése esetében, nem indokolható.

Mindezek állani fognak akkor is, ha a felek egyeséigleg választották az eskü általi eldöntés módját, csak-hogy itt a legtöbb esetben még a bizonyítási határidő ellen sem kell orvoslás, hanem egyszerűen az egyesség előtti stadiumra lehet visszamenni.

Azon tétel igazolása, hogy az itt a dolog természetéből kifejtettek a mi ptr.-unk értelmében is alkalmazandók, mindazon esetekről, melyekről a ptr. 244. §-a nem intézkedik, képezze ezen értekezésem zárkövét.

Mielőtt azonban erre áttérnék, szükségesnek tartom kiemelni, hogy midőn az eskü a ptr. 244. §-a szerint sem az örökösök által le nem tétethetik, sem pedig az elhalt által letettnek nem tekintethetik, az csak egyszerűen le nem tettnek, de nem mint ezt nálunk közönségesen tartják, megtagadottnak veendő.

A 244. §. nem intézkedik azon esetekről, melyekben az eskü sem az örökösök által le nem tethető, sem

következetesen keresztül viszi a megkínált eskünél, l. Arch. f. civ. pr. XLIII. k. 195. old. „Vielmehr entscheidet hier der Gesichtspunkt, dass der Proband durch seine Schuld das von ihm inducirte Beweismittel verloren, aus welchem Grunde er denn nach abgelaufener zerstörlische Beweisfrist, eine anderweitige Beweisführung zu versuchen nicht berechtigt ist.“ L. Lehrb. §. 134. végét is. A szükségképi eskünél ellenben a vétesség befolyását fel nem említi, l. Lehrb. §. 142. 35. j. Mások mint Bayer Vorl. 929. és 970. old. és Endemann Civilpr. §. 208. a bizonyítási határidő leteltével az eshetőségi elvnel fogva még a bizonyítási eszközök véten elvesztése esetében sem engedik azok pótlását. Az előbbi következetesen az eskü elvesztése esetében sem enged restitutio nélkül újabb bizonyítást, l. 909. old. Az utóbbi kevésbé következetes, l. 800. old. 49. j. Nálunk a bizonyítási határidő oly értelemben mint a köz. német jogban nem létező, a vétességnek ez iránybani befolyását (mely attól, melyet annak a feltételes jogviszony elméletének követői tulajdonítanak, végkép különbözik, — amennyiben ott az eskü a vétesség miatt megtagadottnak és illetőleg letettnek, itt pedig a bizonyítási eszköz csak elveszettnek tekintetik) mellőzhetjük. Mellőzi ezt az id. ptts. 269. §-a is, mely a főeskü elvesztése esetében a szövegben kifejtettekkel megegyezőleg intézkedik.



pedig letettnek nem tekinthető. A törvény valódi értelmének ismerete alapján tudjuk, hogy annak kivételes intézkedését következtetések után tovább terjeszteni nem lehet, hanem hogy ott, hová a törvény ki nem hat, a szabály, a dolognak a ptt. által elismert természete irányadó. Pttünk értelmében az eskü bizonyítási eszköz, melynek bizonyító ereje a letételben vagy megtagadásban fekszik. Ott hol az eskü esküképtelenség miatt le nem tétethetett, az eskü általi bizonyítás nem alkalmaztatható, és ha az esküt ilyenkor megtagadottnak tekintenénk, akkor ép azt mondanánk ki, hogy az eskü általi bizonyítás lehetlenné válván, az eskü általi bizonyítás sikerült. Sőt ha a 244. §-ból a contrario következtetés után akarunk is értelmezni, csak azon eredményre jutunk, hogy ha az eskü az örökösök által le nem tehető, vagy pedig az az elhalt által letettnek nem tekinthető, — hogy ekkor az eskü le nem tettnek veendő. De ezzel még koránt sincs az kimondva, hogy az eskü megtagadás okából le nem tettnek tartandó.<sup>67)</sup>

Ez alapon áttérhetünk a felállított tétel igazolására.

Hogy a ptt. az esküt bizonyítási eszköznek tekinti, kétségtelen. De talán kérdésesnek mondathatnák az, hogy a ptt. szerint az eskü általi bizonyíthatás elvesztése esetében az más bizonyítási eszközökkel pótolthatnák. Nézetem szerint ez ép a ptt. szelleméből következik. Annak 205. §-a szerint ugyanis „ha a per folytában megnevezett tanuk közül valamelyik a kihallgatás előtt meghal, vagy kihallgatása más ok miatt lehetlenné lett: a bizonyító félnek szabadságában áll ítélet hozatala előtt, a hiányzó helyett egy vagy több új tanunak kihallgatását kérelmez-

<sup>67)</sup> Hogy az említett esetben az eskü nem tekintendő megtagadottnak, Herczeg i. m. 524. old. is mondja. „Ha a megkínált fél, az eskü letétele előtt meghal és azon feltételek, melyek közt az esküt letettnek kelljen tekinteni, nem mutatkoznak; ezen esetben a megkínált fél ebbeli bizonyítékát elveszti.“ Stb. Herczeg itt az id. ptt. 269. §-a és illetőleg Schusternek ahhoz írt commentárja után indul (l. annak 2. kiad. 571. old.) Állítását egyébiránt nem indokolja, sem azt fel nem említi, hogy mi történjék a megkínált főeskü elvesztése folytán.



ni." Ezen intézkedést kiterjeszthetjük a bizonyítási eszközöknek elvesztése esetére általában. Indokolva van ez egyrészt az által, hogy a törvény a bizonyítási eszközök elvesztéséről más helyen nem intézkedik, másrésről pedig ezen intézkedésnek valóban kiterjeszthető alapgondolata által. E rendelkezés ugyanis a bizonyítási eszközök megnevezésére célszerűségi okokból szabott időbeli korlátokat rontja le, a per valódi céljának, t. i. valamely kétes magánjogi viszony végleges rendezésének elérhetése végett. De a kérdéses eset is hasonló ahhoz, melyről a törvény a 205. §-ban intézkedett. Mindkét esetben már megnevezett bizonyítási eszközöknek productiójuk előtti elenyésztről van szó. Azt lehetne azonban mondani, hogy akkor midőn az eskü általi bizonyítás rendeltetik el, az ítélet már meg van hozva, holott a 205. §. csak az ítélet meghozataláig engedi meg a tanúk helyettesítését. Igaz, azonban a 205. §. ezen rendelkezése abban találja indokát és határát, hogy a bizonyítási eszközök az ítélet meghozatala előtt produkálandók, mert a dolog természete és a ptr. 245. §-a szerint is, a bíró a felhozott bizonyíték alapján hoz határozatot. De épen ezen szabály az eskü általi bizonyítás elrendelése esetében kivételt szenved. Itt ugyanis a bizonyítás csak a végítéletben rendeltetik el, (ptr. 221. §.) tehát a bíró tulajdonképen nem bizonyíték alapján, hanem bizonyítás előtt ítél.

Ezen szabály alapja tisztán pozitív t. i. az, hogy az ítélet és annak jogerőre emelkedése előtt, ne téessenek le, felesleges, esetleg botrányos eskük. Mindazonáltal az ily ítélet az ügyet nem dönti még el, nem létesít még a felek között igazságot, azaz anyagilag tekintve még nem ítélet, hanem csak alakilag. A valóságos ítélet csak az eskü letétele vagy megtagadása által létesül. Így tehát, az esküt rendelő ítélet által a bizonyítási eljárás tulajdonképen még befejezve sem lévén, annak meghozatala a két eset hasonlatosságát és a 205. §. rendelkezésének kiterjeszthetőségét ki nem zárja.

Ezen kiterjesztés szükségét feleslegül indokolja egyébiránt az is, hogy anélkül az ügy, miután az eskü megtagadottnak nem tekinthető, eldöntetlen maradna, mi bi-



zonyára a törvénykezési jog alapgondolatával ellenkezik.

Végül megjegyzem, hogy az itt kifejtetteket, az ugynevezett bizonyítási valamint az egyességi eskünek lényegileg egy természetű, valamennyi nemére alkalmazandónak tartom.



## XVI.

# ZWEI VORTRÄGE AUS DEM UNGARISCHEN ZIVILPROZESSRECHT.\*

### Vorwort.

Der erste der nachfolgenden Vorträge wurde in Leipzig, der zweite in Berlin im Oktober 1916 im Rahmen der Veranstaltungen der Abteilung für Recht und Rechtspflege der Reichsdeutschen Waffenbrüderlichen Vereinigung gehalten. Durch die Veröffentlichung im Druck sollen diese Vorträge auch weiteren Kreisen zugänglich gemacht werden und den Zweck unserer Annäherung, soweit sie hierzu geeignet sind, auch in dieser Gestalt fördern.

Dem ersten Vortrag habe ich am Schlusse zur Beleuchtung meiner Ansicht über die materielle Beweislast die etwas ausführlichere Besprechung eines bestrittenen Falles beigefügt. Am Schlusse des zweiten Vortrages sind die statistischen Daten über die Dauer der Prozesse nach der neuen UZPO. auf Grund inzwischen erhaltenen Mitteilungen berichtigt und ergänzt.

Ich ergreife auch diese Gelegenheit, um der Rechtsabteilung der Reichsdeutschen Waffenbrüderlichen Verei-

\* Lipcsében és Berlinben 1916. évben tartott felolvasások. Megjelenet Berlinben 1917-ben (Verlag von Otto Liebmann).



nigung und der Leipziger Juristischen Gesellschaft für die mich höchst beehrenden Veranstaltungen und den Herren, die meinen Vorträgen anzuwohnen und mit wohlwollender Aufmerksamkeit zu folgen die Güte hatten, meinen innigen Dank auszusprechen.

Budapest 1917.

Dr. Plósz.

## I.

### Der Beweis im ungarischen Zivilprozess.

Das Beweisrecht der neuen UZPO. stimmt in seinen Grundzügen bei manchen zum Teil erheblichen Abweichungen vielfach mit dem Beweisrechte der DZPO. überein. Diese Übereinstimmung bestand zum Teil schon im bisherigen ungarischen Prozeßrechte, das ja auch zu jener Gruppe der Prozeßrechte gehörte, die sich auf der Grundlage germanischer und römisch-kanonischer Rechtsgedanken entwickelten. Freilich war der Gang der Entwicklung in Ungarn ein anderer als in Deutschland. Mit der Aufnahme des westlichen Christentums und der Begründung des Königtums um das Jahr 1000 fanden auch germanische Gerichts- und Verfahrenseinrichtungen Eingang, wie sich diese im Reiche der Karolinger ausgebildet und in einem Teile Deutschlands bis in das 12. Jahrhundert erhalten hatten. Um das 14. Jahrhundert, besonders unter des Königen aus dem Hause Anjou wurden sodann Prozeßeinrichtungen normannischen Ursprungs aufgenommen, welche das Verfahren erheblich umbilden. Die eigentümliche Entwicklung des Verfahrens auf diesen Grundlagen hat uns Emerich v. Hajnik in seinem trefflichen ungarischen Buche: „Die Gerichtsverfassung und das Prozeßrecht unter den Königen aus dem Hause Árpáds und aus den gemischten Häusern (1899)“ quellenmäßig beschrieben. Eine Rezeption des römischen Rechtes fand in Ungarn nicht statt, jedoch erfolgt unter den Königen aus dem österreichischen Hause schon seit dem 16.



Jahrhundert allmählich eine Umbildung des Verfahrens, für welche vorerst der Prozeß des deutschen Reichskammergerichtes vorbildlich war. Diese Umbildung betrifft insbesondere auch das Beweisrecht. An Stelle der Entscheidung durch Eid mit Eideshelfer, welche früher, schon seit dem 13. Jahrhundert nur durch Urkundenbeweis ausgeschlossen werden konnte, tritt mit der Zeit allgemein ein materielles Beweissystem mit Beweisregeln, in welchem der Alleineid als zugeschobener oder richterlicher Eid, wie es im GA. 27. vom Jahre 1729 heißt, nur in defectu alterius probae stattfindet. Immerhin behält das Prozeßrecht Ungarns, welches sich neben königlichen Privilegien und einzelnen, mit der Zeit mehrenden Gesetzen überwiegend durch Gerichtsgebrauch entwickelte, noch bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts manche mittelalterliche Eigentümlichkeiten. So finden wir auch im Beweisrecht für das Zeugenverhör nicht nur die Bezeichnung *inquisitio*, sondern in der sog. *collateralis inquisitio*, welche *penes mandatum compulsorium* außerhalb des Prozesses erfolgte, auch Formen der normannischen *inquisitio*. Die weitere Fortbildung des ungarischen Verfahrens erfolgt sodann durch Gesetze, welche vorwiegend den Einfluß des österreichischen Rechtes aufweisen. So schon das erste systematische Prozeßgesetz Ungarns, über das Wechselverfahren vom Jahre 1840. Das Verfahren dieses Gesetzes wurde nach der Wiederherstellung der in den fünfziger Jahren absolutistisch abgeschafften ungarischen Gesetze provisorisch durch die *Iudex-Kurialbeschlüsse* vom Jahre 1861 mit Ergänzungen auf das Verfahren allgemein erstreckt, und diese Regelung war sodann neben der provisorischen österreichischen ZPO. vom Jahre 1852, welche in Siebenbürgen noch bis 1869 Geltung hatte, die Grundlage, auf welcher die ZPO. vom Jahre 1868, das Grundgesetz unseres Verfahrens bis zur Einführung der neuen ZPO. vorwiegend ausgearbeitet wurde.

Zu einem anderen Teile beruht die Übereinstimmung darauf, das die DZPO. wie überhaupt auch im Beweisrechte für die UZPO. vielfach vorbildlich war. Die Übernahme der geklärten und dem mündlichen Verfahren an-



gepaßten Bestimmungen der DZPO. erfolgte zum Teile schon durch den Vorläufer der neuen ZPO., den GA. XVIII vom Jahre 1893 über das summarische Verfahren, unter welchem nach früherem ungarischen Sprachgebrauch das amtsgerichtliche Verfahren zu verstehen ist. Dieses Gesetz wurde zu dem Zwecke erbracht, um einerseits durch die Reform des summarischen Verfahrens, welches in erster Instanz auch nach dem bisherigen Rechte mündlich war oder mündlich sein sollte, den Mißständen des Verfahrens für den größten Teil der Sachen möglichst rasch abzuhelpen — die Wertgrenze betrug schon damals 1000 Kronen und ist heute auf 2500 Kronen erhoben, — andererseits aber bezweckte dieses Gesetz, die Einführung des mündlichen Verfahrens auf der ganzen Linie vorzubereiten. Ein Gedanke, welcher sich vorzüglich bewehrte. Die die Praxis erprobten Bestimmungen des G. ü. d. SV. wurden sodann auch in die neue ZPO. aufgenommen und auch unter Berücksichtigung der DZPO. ergänzt.

Wenn wir sagen, daß zwischen dem Beweisrechte der D. und UZPO. in den Grundzügen vielfach eine Übereinstimmung besteht, so haben wir damit auch angedeutet, daß die Übereinstimmung keine vollkommene und durchgängige ist. Auch wo sich das Gesetz, im ganzen genommen, der DZPO. anschließt, finden sich manche mehr oder weniger erhebliche, abweichende Bestimmungen. Sie beruhen zum Teil auf der Berücksichtigung des österreichischen Rechtes. Um uns nicht in Einzelheiten zu verlieren, wollen wir hier nur einige dieser Abweichungen anführen.

Auch die UZPO. kennt keinen besonderen Beweisabschnitt. Es ist das keine Neuerung, so war es auch im schriftlichen Prozeß der ZPO. vom Jahre 1868, welche die Antizipation des Beweises vorschrieb. Im neueren Rechte wird auch der Eid, abgesehen von gewissen Zwischenstreiten, durch bedingtes Endurteil auferlegt, dem kein Läuterungsurteil nachfolgt. Mit der Abstoßung des Eides schon durch das G. ü. d. SV. fällt auch dieser Rest des Beweisurteils weg. Die Ungeteiltheit



des Verfahrens kommt im Gesetze auch in der Anordnung des Stoffes zum Ausdruck. Die Beweisvorschriften stehen vor den Vorschriften über das Urteil, und in den allgemeinen Bestimmungen über den Beweis wird mit wenigen Ausnahmen alles zusammengefaßt, was sich auf den Beweis im allgemeinen bezieht, so vor allem die Vorschriften über die Beweisbedürftigkeit der Tatsachen. Die Form und beweisersparende Wirkung des gerichtlichen Geständnisses (§. 263) ist dieselbe, wie nach der DZPO., nur wird bei den vorbereitenden Schriftsätzen (§ 203) noch ausdrücklich bestimmt, daß das Gericht frei zu würdigen habe, ob das im Schriftsatze enthaltene Geständnis als außergerichtliches Geständnis angesehen werden könne und welche Beweiskraft demselben zukomme. Dagegen wird die Wirkung des Widerrufs des Geständnisses schon nach dem G. ü. d. SV. der ÖZPO. entsprechend vom Gerichte auf Grund sorgfältiger Würdigung der Umstände beurteilt. Außerdem entfällt die Wirksamkeit des Geständnisses, wenn der Gegner in den Widerruf einwilligt (§ 265). Die Befreiung von der Pflicht zur Erklärung über die Wahrheit oder Unwahrheit der tatsächlichen Behauptung des Gegners findet ferner nicht nur auf Grund Nichtwissens, sondern wie nach österreichischem Recht auch auf Grund Nichterinnerns statt, bei freier Würdigung der Stichhaltigkeit dieser Gründe (§ 266).

Offenkundige und dem Gerichte von Amts wegen bekannte Tatsachen bedürfen nicht nur keines Beweises, sondern auch keiner Parteienbehauptung. Das Gericht hat jedoch die Parteien auf diese Tatsachen bei der Verhandlung aufmerksam zu machen (§ 267). Daß sich die Berücksichtigung von Amts wegen nicht auf jene Tatsachen erstreckt, durch welche die Klage individualisiert wird, erhellt aus den Bestimmungen über die Klage (§ 129 Nr. 3). Selbstverständlich gilt dies auch für Einrederechte.

Das System der Beweiswürdigung nach gesetzlichen Beweisregeln, welches schon im bisherigen Rechte stark durchlöchert war, wurde schon durch das G. ü. d. SV. übereinstimmend mit der DZPO. prinzipiell



durch das System der freien Beweiswürdigung ersetzt (§ 270). In Bezug auf die gesetzlichen Beweisregeln ergeben sich aber im einzelnen Verschiedenheiten. Wir sehen ab vorläufig vom Eide und auch von den Beweisregeln, welche sich auch nach der UZPO. aus den Bestimmungen über das Verfahren bei der Beweisaufnahme ergeben, so insbesondere, daß der unbeeideten Aussage des Zeugen, welche nach dem Gesetze zu beeciden wäre, keine Beweiskraft zukommt, und daß die Aussage des Zeugen nur über sein Wissen auf Grund von Wahrnehmung einen unmittelbaren Beweis erbringt. Außerdem beschränken sich die gesetzlichen Beweisregeln auch nach der UZPO. auf das Gebiet des Urkundenbeweises. Für öffentliche, sowohl In- als Auslandsurkunden, bestehen im wesentlichen die gleichen Beweisregeln (§ 315), wie nach der DZPO. Daß der Gegenbeweis gegen öffentliche Urkunden allgemein, ohne jede Beschränkung mit Rücksicht auf den Inhalt derselben zugelassen wird (§ 316), ändert hieran nichts, indem ja gegen den dispositiven Inhalt der Urkunden und überhaupt gegen den Inhalt, welcher die rechtlich bedeutsame Tatsache darstellt, wie z. B. Drohung, Betrug ein Gegenbeweis an sich praktisch kaum möglich ist. Es gilt das auch für Privaturkunden. Außerhalb dieser selbstverständlichen Grenze wollte das Gesetz in Bezug auf die Zulässigkeit des Gegenbeweises keine Streitfragen offen lassen. Für Privaturkunden wird dagegen zum vollen gesetzlichen Beweis der Aneignung der in der Urkunde enthaltenen Erklärung — wie es im ungarischen Gesetze heißt — nicht nur die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers erfordert, sondern auch entweder die eigenhändige Schrift der Urkunde, oder aber die Bezeugung der Abgabe oder der Anerkennung der Unterschrift durch Unterfertigung zweier Zeugen oder durch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung. Letztere wird auch beim Handzeichen erfordert. Kann der Aussteller nicht lesen oder versteht er die Sprache der Urkunde nicht, so muß der Inhalt der Urkunde dem Aussteller durch die gegenwärtigen Zeugen oder die beglaubigende Person erklärt



und dies auf der Urkunde bezeugt werden. Ist der Aussteller ein Vollkaufmann, so genügt die bloße Firmenzeichnung (§ 317). Diese Bestimmungen wurden mit Rücksicht auf den Bildungsgrad eines Teiles der Bevölkerung und um Mißbräuchen möglichst vorzubeugen, aus dem bisherigen Rechte aufrechterhalten, ja in Bezug auf das Handzeichen noch verschärft, indem dieses nach früherem Rechte nur durch die Mitunterzeichnung zweier Zeugen zu bezeugen war, deren einer auch den Namen des Ausstellers zu schreiben hatte. Diese einfachere Form ist übrigens auch im neuen Gesetze für prozessuale schriftliche Vollmachten und für schriftliche Eingaben der Parteien, welche durch einen Advokaten nicht vertreten sind, beibehalten. Auch genügt für die Vollmacht des Advokaten die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers (§§ 100, 134).

Die Beweiskraft der Privaturkunden, welche den erwähnten Formvorschriften nicht entsprechen, ist frei zu würdigen. Die im Auslande und nach § 67. des EG. z. ZPO., auch die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Zwecke des Beweises, also als Sicherung, cautio, ausgestellten Urkunden behalten jedoch ihre gesetzliche Beweiskraft, auch wenn sie den Formvorschriften der ZPO. nicht entsprechen (§ 321).

Eine weitere Abweichung von der DZPO. besteht auch in Bezug auf die Beweiskraft der Handelsbücher und der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler. Es werden nämlich die im Handelsgesetzbuche diesbezüglich enthaltenen im wesentlichen dem früheren DHGB. entsprechenden Beweisregeln aufrechterhalten. Es sollte das mit Kroatien und Slavonien gemeinsame HGB. durch die ZPO., welche nur in Sachen der Seegerichtsbarkeit gemeinsam ist, nicht abgeändert werden. Nur anstatt des Eides tritt auch hier die eidliche Parteivernehmung. Die Beweiskraft ausländischer Handelsbücher ist jedoch, sofern nicht internationale Verträge entgegenstehen, frei zu würdigen (§ 322).

Das freie Ermessen in Schadensprozessen wird ähnlich der ÖZPO. unter der Voraussetzung, daß der Grund



der Forderung unbestritten oder nachgewiesen ist, auch auf andere Forderungen erstreckt, deren Betrag von der gerichtlichen Feststellung abhängig ist, also z. B. auf Forderungen um Unterhalt. Das Gericht kann in diesen Fragen, soweit es dies zur Bildung seiner Meinung für erforderlich erachtet, auch Beweisaufnahmen und Erkundigungen von Amts wegen veranlassen (§ 271).

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme bildet auch in der UZPO. die Regel (§ 274). Nur im Revisionsverfahren ist die Art der Beweisaufnahme überhaupt dem Ermessen des Gerichtes anheimgegeben (§ 537). Die bei den einzelnen Beweismitteln angegebenen Ausnahmen sind jedoch auch mit Berücksichtigung der ÖZPO. einigermaßen enger bestimmt als nach der DZPO. Immerhin läßt der dehnbare Grund der erheblichen Schwierigkeit auch in der UZPO. einen weiten Spielraum für das Gericht offen. Ein Mißbrauch mit diesem Grunde ist in der Praxis des SV. vor den Gerichtshöfen als Berufungsgerichten, für welche dieselbe ebenfalls bestand, im allgemeinen nicht zutage getreten. Wie sich das Verfahren diesbezüglich vor den Gerichtshöfen in erster Instanz und vor den königlichen Tafeln gestalten wird, läßt sich zur Zeit noch nicht absehen. Nicht aufgenommen ist in die UZPO. die Bestimmung der DZPO., daß eine Anfechtung des Beschlusses betreffs der Anordnung der Art der Beweisaufnahme nicht stattfindet, es kommt also diesbezüglich die allgemeine Vorschrift, daß nämlich nur ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig ist, zur Anwendung. Daß dieser Umstand eine Handhabe gegen Mißbrauch bieten kann, wurde schon durch Entscheidungen einiger Revisionsgerichte bestätigt.

Auch in Bezug auf Vorschriften über Beschleunigung des Beweisverfahrens und gegen den Mißbrauch mit der Beweisantrittung herrscht vielfach Übereinstimmung mit der DZPO. Abweichend von der DZPO. kann das Gericht das nachträgliche Vorbringen und nachträglich angebotene Beweise der Partei, also auch des Klägers, von Amts wegen zurückweisen, sofern deren Berücksichtigung die Vertagung der Ver-



handlung erfordern würde, wenn es die Überzeugung gewinnt, daß eine Verschleppungsabsicht vorliegt (§ 222 I). Auch hat das Gesetz auf Vorschlag eines Mitgliedes des Justizausschusses des Abgeordnetenhauses ein allgemeines Lügenverbot aufgenommen (§ 222 II). Parteien oder ihre Vertreter, die gegen ihr besseres Wissen eine auf die Angelegenheit bezügliche Tatsache behaupten, welche offenbar unwahr ist, oder eine auf die Angelegenheit bezügliche Tatsache offenbar grundlos leugnen oder sich offenbar grundlos auf ein Beweismittel berufen, sind mit einer Geldbuße bis 600 Kronen zu bestrafen. Dieses Lügenverbot, welches sich, wie ich höre, in der Praxis vorzüglich bewähren soll, ist eine Verallgemeinerung der in der ZPO. vom Jahre 1868 für den Fall des mutwilligen Leugnens der eigenen Schrift oder Unterschrift einer Privaturkunde und für den Fall der schikanösen Berufung auf Zeugen enthaltenen Vorschriften, deren erstere übrigens auch in der neuen ZPO. beibehalten wurde (§ 336).

Einige besondere und ausführliche Bestimmungen hat ferner die UZPO. zur Beschleunigung und gegen Mißbrauch in Bezug auf die Beweisaufnahme sowohl im allgemeinen (§§ 275, 283), als auch bei den einzelnen Beweismitteln, insbesondere bei den Zeugen (§§ 287, 292, 293, 330).

Die auffälligste grundsätzliche Verschiedenheit des Beweisrechtes der UZPO. von jenem der DZPO. ist die Ersetzung des Eides durch die eidliche Vernehmung der Parteien. Sie erfolgte nach dem Vorbilde des österreichischen Rechtes schon durch das G. ü. d. SV. Nur in zwei Beziehungen wurde der Eid aufrechterhalten. Es kann der gerichtliche Vergleich, entsprechend dem bisherigen Rechte, auch vom Tatsacheneide einer der Parteien oder eines Dritten bedingt abgeschlossen werden (§ 380). Es können ferner die Parteien vereinbaren, daß die Wahrheit oder Unwahrheit einer für die Sache entscheidenden Tatsache von der Leistung des Eides durch eine der Parteien oder einen Dritten abhängig gemacht werde (§ 377). Eine Neuerung der ZPO. ge-



genüber dem früheren Rechte ist, daß die Eidesnorm ähnlich wie nach der DZPO. auch auf die erlangte oder nicht erlangte Überzeugung gestellt werden kann (§ 377). Die Eidesleistung wird in diesen Fällen mit Bescheid angeordnet und der Eid, wenn möglich sofort, im Laufe des Verfahrens abgenommen (§. 378).

Für die Einführung der eidlichen Parteienvernehmung war vor allem die Erwägung maßgebend, daß der Eid eigentlich kein Beweismittel ist. Er hat zwar in seiner heutigen Entwicklung manche Allüren eines Beweismittels angenommen, er ist aber treu seinem ursprünglichen Wesen, auch heute noch ein Entscheidungsmittel geblieben. Es handelt sich beim Eide und der Eidesverweigerung nicht um die Bildung einer Richterüberzeugung, nicht um eine Schlußfolgerung auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache, auch nicht um eine solche mit Hilfe gesetzlicher Beweisregeln. Der Eid ist Parteiakt, Parteiuurteil, und die Eidesverweigerung Parteiversäumnis, beides mit Feststellungswirkung, ähnlich dem gerichtlichen Geständnis und der Versäumnis der Parteierklärung. Diese Feststellung ist für den Richter bindend, er hat sie einfach anzunehmen, ähnlich wie den Wahrspruch der Geschworenen, ja, er akzeptiert die Feststellung im bedingten Endurteil schon im voraus. Auch stellen sich in dieser Beziehung alle Eide gleich, wenn auch die Regulierung der Eidesauflage bei denselben eine verschiedene ist.

Bei dieser Auffassung der Natur des Eides erschien die Beibehaltung des Eides in einem Beweissystem, welches möglichst auf die Ergründung der materiellen Wahrheit abgestellt ist, nicht entsprechend. Die eidliche Vernehmung der Partei unterscheidet sich vom Eide nicht nur der Form nach indem, sie nach Art der Zeugenvernehmung erfolgt (§ 375). Übergänge finden sich diesbezüglich auch in Gesetzgebungen, welche den Parteieid im übrigen beibehalten. Das Wesen der Parteivernehmung besteht darin, daß sie dem Gerichte das Ergebnis der Wahrnehmung der Partei zugänglich machen soll. Es ist das derselbe Beweisgrund wie der, welcher dem Zeugen-



eid innewohnt, und es soll die Beweiskraft dieses Beweisgrundes vom Gerichte ebenso frei gewürdigt werden, wie die der Zeugenaussage (§ 376). Ein Unterschied von dem Zeugen besteht jedoch nicht nur insofern, als das Geständnis der Partei keiner eidlichen Bekräftigung bedarf, — nach der UZPO. ist übrigens auch der Zeuge nicht zu beeidigen, wenn er bloß dispositive Erklärungen abgibt, deren Wirksamkeit von der eidlichen Bekräftigung nicht abhängt (§ 312), — sondern ein Unterschied besteht auch insofern, als auch der Umstand, daß die Partei nicht erschienen ist oder die Aussage ganz oder zum Teil verweigert hat, der freien Würdigung des Gerichtes unterliegt (§ 376). Übrigens ist nach der UZPO. auch das Nichterscheinen der behufs Aufklärung des Sachverhältnisses zum persönlichen Erscheinen vorgeladenen Partei, und überhaupt die Nichtbeantwortung der an die Partei oder ihren Vertreter vom Gerichte gestellten Fragen, ebenfalls frei zu würdigen (§ 227), selbstverständlich nur insoweit es sich nicht um die Erklärung auf die tatsächliche Behauptung des Gegners handelt.

Für die eidliche Parteivernehmung spricht auch der Umstand, daß sie kein bedingtes Endurteil erfordert, welches beim Eide wenigstens nicht ganz vermieden werden kann. Es entfällt demnach die Verhandlung und der Beweis von Fragen, die für die Entscheidung nur eventuell bedeutsam sind. Auch kann der Eid in der Regel nur nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils geleistet werden. Das Urteil kann also nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, und es versagt somit ein wirksames Mittel gegen unbegründete Rechtsmittel. Die eidliche Vernehmung ist sohin auch ökonomischer als der Eid.

Im einzelnen war die eidliche Parteivernehmung schon im G. ü. d. SV. in mancher Hinsicht anders geregelt als in der ÖZPO. Anschließend an das bisherige Eidesrecht gibt es vier Arten der eidlichen Vernehmung. Die Vernehmung findet nämlich statt, 1. wenn bezüglich einer entscheidenden, d. i. für die Sache selbst entscheidenden Tatsache kein anderer Beweis vorliegt, 2. wenn der Beweis einer solchen Tatsache einer Ergänzung be-



darf, ferner 3. anstatt des Schätzungseides, und 4. anstatt des Offenbarungseides. Für alle vier Arten der eidlichen Vernehmung gilt als Regel, daß gleich wie beim Zeugen, nur die beeidete Aussage der Partei beweiskräftig ist. Auch die Ausnahmen, in welchen die Partei nicht beeidigt werden darf, sind im wesentlichen dieselben wie bei den Zeugen. Der Eid ist ein Nacheid und wird nach der Eidesformel der Zeugen geleistet (§ 375). Außerdem bestehen folgende besondere Bestimmungen. Wird die Vernehmung mangels Beweises oder zur Ergänzung des Beweises einer entscheidenden Tatsache angeordnet, so kann das Gericht auch von Amts wegen beide Parteien vernehmen, ja, es hat die Vernehmung aus Antrag der anderen Partei auch vorzunehmen, sofern die Verhandlung deswegen nicht vertagt werden muß (§ 370). Vereidigt kann jedoch immer nur die eine Partei werden (§ 371), nicht ausgeschlossen ist es aber, daß das Berufungsgericht, den Gegner der in erster Instanz beeideten Partei eidlich vernehme (§ 501 II.) Hat das Gericht die Vernehmung mangels Beweises, also anstatt des früheren Schiedseides, angeordnet, was es auch von Amts wegen tun kann (§ 368), so gilt die Beweisregel, daß der Gegner des Beweisführers sowohl der Vernehmung als auch dem Eide nähersteht (§§ 369 II, 371). Wird auch der Beweisführer vernommen, so kann er nur dann zum Eide zugelassen werden, wenn das Gericht seine Aussage nach sorgfältiger Würdigung der Umstände für wahrscheinlicher erachtet. Hat nur der Beweisführer eine unmittelbare Kenntnis von der Tatsache, so kann er außer der Zustimmung des Gegners nur beeidigt werden, wenn seine Aussage durch andere Tatumstände unterstützt wird. Wird dagegen die Vernehmung zum Zwecke der Ergänzung eines anderen Beweises — ebenfalls auch von Amts wegen — angeordnet, so entfallen diese übrigens ziemlich laxen Beweisregeln, welche bei der Vorberatung des G. ü. d. SV. aufgenommen wurden. Das Gericht kann nach freiem Ermessen die eine oder die andere Partei vernehmen, und wenn sie beide vernommen hat, beeidigen (§§ 369 I, 371). Im Falle der Vernehmung an-



statt des Schätzungseides kann nur der Beweisführer — auch von Amts wegen — vernommen werden (§ 372). Zum Zwecke der Offenbarung kann schließlich nur die zur Offenbarung verpflichtete Partei und, sofern es sich um eine privatrechtliche Offenbarungspflicht handelt, nur auf Antrag der Gegenpartei vernommen werden (§ 373).

Außer der Ausschaltung des Eides hat die UZPO. noch die Eigentümlichkeit, daß neben den Beweismitteln ausdrücklich erwähnt wird, daß der Beweis auch durch Tatumstände geführt werden kann, welche an sich oder miteinander verbunden eine begründete Schlußfolgerung auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung zulassen. Insbesondere ist die Schlußfolgerung auch aus den Umständen der Verhandlung zulässig (§ 273).

Diese unscheinbare Bestimmung, welche aus dem Grunde aufgenommen wurde, um keinen Zweifel aufkommen zu lassen, daß der sogenannte mittelbare Beweis des bisherigen Rechtes auch fernerhin zulässig ist, enthält ihrem Wesen nach keine Abweichung von der DZPO., indem ja auch nach dieser das Gericht bei der Bildung seiner Überzeugung über die Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung, den gesamten Inhalt der Verhandlung zu berücksichtigen hat. Neu ist nur die Befonung der Tatumstände als Beweisgründe. Sie beruht auf einer theoretischen Auffassung des Beweises, welche m. E. auch zur Rechtfertigung einiger auf den ersten Blick fremdartiger Eigentümlichkeiten des Beweisrechtes der UZPO. dient. Gestatten Sie mir darum, dass ich diese Auffassung möglichst kurz darstelle.

In einem Beweissystem, welches die Überzeugung des Richters von der Wahrheit tatsächlicher Behauptungen, überhaupt Tatsachenurteile bezweckt, kann diese Überzeugung nur bewirkt werden im Wege einer Schlußfolgerung aus Tatsachen, mit Hilfe von Erfahrungssätzen oder aus denselben entnommenen gesetzlichen Beweisregeln. Die Tatsachen und nur Tatsachen, von denen die Schlußfolgerung auszugehen hat, sind die Beweisgründe.



Selbstverständlich hängt die Richtigkeit der Schlußfolgerung auch von dem Maße der Wahrheit des Beweisgrundes ab. Aus dem Gesichtspunkte der Feststellung der Wahrheit des Beweisgrundes lassen sich nun die Beweisgründe in zwei Hauptarten einteilen. Es gibt Beweisgründe, die, abgesehen vom beachtlichen Wissen des Gerichtes, noch selbst zu beweisen sind. Insoweit die Verhandlungsmaxime herrscht, können sie auch durch gerichtliches Geständnis oder Versäumnis der Parteierklärung festgestellt werden. Es sind das das außergerichtliche Geständnis und überhaupt, das aussergerichtliche Zeugnis, die sog. Indizien und Tatsachen, welche eine notwendige Schlußfolgerung ergeben, wie z. B. das Alibi. Ich nenne diese Beweisgründe nackte Beweisgründe. Die andere Art der Beweisgründe kann und muß durch den Richter wahrgenommen werden. Die Mittel, durch welche diese Wahrnehmung vermittelt wird, sind die Beweismittel.

Beweismittel ist alles, was einen Beweisgrund enthält und der Wahrnehmung des Richters zugänglich macht; also sowohl Menschen als Sachen. Der Beweisgrund ist bei allen Beweismitteln eine Tatsache, eine wahrnehmbare Eigenschaft des Beweismittels. Beim Zeugen ist es das Ergebnis seiner sinnlichen Wahrnehmung, die ihm innewohnt und auf dem eigentümlichen Wege der Vernehmung ermittelt wird; bei der Urkunde sind es die Schrift und andere Zeichen, die nach allgemeinem Erfahrungssatz an sich einen bestimmten Gedanken ausdrücken, beim Augenscheinsobjekt sind es auch alle übrigen Eigenschaften eines Menschen oder einer Sache, die eine beweiskräftige Schlußfolgerung auf die Wahrheit oder Unwahrheit eines Sachurteils ergeben. Alle Beweismittel sind also Wahrnehmungsobjekte, d. i. im weiteren Sinne Augenscheinsobjekte. Zeugen und Urkunden werden nur deshalb aus dem allgemeinen Begriffe herausgenommen und demselben gegenübergestellt, weil sich für dieselben infolge ihrer Eigentümlichkeiten besondere Regeln über Beweisaufnahme und Beweiskraft ausgebildet haben.



Es ist ein schwerwiegender Gedanke Wach's, daß zwischen Urkunden und Augenscheinsobjekten kein begrifflicher Gegensatz besteht. Nicht nur, daß die Urkunden in Bezug auf Echtheit, Unverfälschtheit und auch, was die Form betrifft, als Augenscheinsobjekte im engeren Sinne beweisen, sondern es läßt sich zwischen Augenscheinsobjekten und Urkunden auch sonst nur schwer eine Grenze ziehen. Es fragt sich, sind Abbildungen, Zeichnungen, Photographien, Karten, Pläne, Risse Augenscheinsobjekte oder Urkunden. Sie alle können einen Gedanken ausdrücken, ja, sie drücken — wie z. B. die Photographie in meinem Paß — eine Beschreibung noch vollkommener aus als Schriftzeichen. Zwischen Bild und Schrift kann überhaupt keine Scharfe Grenze gezogen werden, auch Hieroglyphen stellen eine Schrift dar. Was soll ferner von einem geeichten Faß, von einem mit Schriftzeichen bezeichneten Vieh oder Stück Wäsche, von einem Monument, Grabstein oder Grenzstein usw. gehalten werden, welche auch Schriftzeichen aufweisen oder aufweisen können? Der Unterschied zwischen Urkunden und Augenscheinsobjekten kann in diesen Fällen m. E. nur darin gefunden werden, daß die Schriftzeichen an Urkunden den Gedanken an sich beweisen, an Augenscheinsobjekten dagegen nur zusammen mit dem Gegenstande. Diese Verschiedenheit begründet auch eine gewisse Verschiedenheit in der prozessualen Behandlung. Augenscheinsobjekte beweisen nur im Original, eine Abschrift ist kaum, oft überhaupt nicht möglich. Auch können Urkunden öfter als Augenscheinsobjekte dem Gericht einfach vorgelegt werden, es kann aber auch bei Urkunden vorkommen, daß die Besichtigung ein besonderes Verfahren erfordert, was sowohl in der D. als auch in der UZPO. (§ 331) vorgesehen ist. Und was für den Juristen die Hauptsache war, es lassen sich für Augenscheinsobjekte mit Rücksicht auf ihre Mannigfaltigkeit keine gesetzlichen Beweisregeln aufstellen, freilich auch nicht für alle Urkunden, wenn man den Wahrheit keine Gewalt antun will. Aber abgesehen von all diesem ist es ja für den Beweis begrifflich nicht entscheidend, ob der



Beweisgrund einen menschlichen Gedanken oder ein sonstiges Ereignis ausdrückt und ob er menschliches Erzeugnis ist oder nicht. Beiläufig, auch zwischen Auskunftssachen und sonstigen Augenscheinsobjekten läßt sich keine scharfe Grenze ziehen.

Aber auch zwischen Zeugen und Augenscheinsobjekten besteht kein prinzipieller Unterschied. Nicht begründet wird ein solcher durch den Umstand, dass der Zeuge ein Mensch ist, indem bekanntlich auch Menschen Augenscheinsobjekte sein können. Ja, der Zeuge selbst ist zugleich Augenscheinsobjekt im engeren Sinne, wenn es sich um seine Fähigkeiten, z. B. um sein Seh- oder Gehörvermögen oder aber um sein Wissen, z. B. um die Kenntnis der Sprache des bezeugten Geschäftsabschlusses usw., handelt. Er ist nur Zeuge, insoweit es auf das Ergebnis seiner Wahrnehmung ankommt. Aber auch dies ist keine ausschließliche Eigenschaft des Zeugen. Wird der Augenschein an einem Hunde zu dem Zwecke vorgenommen ob er seinen angeblichen Eigentümer erkennt — der Fall kam tatsächlich vor —, so handelt es sich ebenfalls um die Ermittlung des Ergebnisses einer sinnlichen Wahrnehmung. Freilich ist die Art der Ermittlung beim Zeugen eine andere. Aber es kommt einerseits die Befragung auch beim Augenschein vor, z. B. zur Ermittlung des Geisteszustandes oder der Kenntnisse eines Menschen, und andererseits ist die Befragung auch beim Zeugen nicht der ausschließliche Weg der Ermittlung. Der Beweisgrund soll besonders, wo die freie Würdigung des Zeugenbeweises herrscht, nicht nur aus der Aussage, sondern aus dem ganzen Verhalten, überhaupt aus dem Zeugen im ganzen vom Gerichte sozusagen herausgelesen werden. Es tritt dies besonders bei der unbeeidigten Vernehmung von Kindern, Schwachsinnigen usw. hervor. Dementsprechend bezwecken auch die neueren Gesetze durch Vorschriften über die Zeugenvernehmung, eine möglichst vollkommene Beaugenscheinigung des Zeugen zu erreichen.

All dies weist darauf hin, daß man auch zwischen der prozessualen Behandlung der einzelnen Beweismittel



nur insoweit einen Unterschied zu machen hat, als dies durch die Eigentümlichkeit derselben geboten ist. Das leitende Interesse ist die Ermöglichung der Wahrheitserforschung, nur wenn die Verwirklichung dieses Interesses andere wertvolle Interessen verletzen würde, ist es angezeigt, die Forderungen des leitenden Interesses zu beschränken. Auf diesen Grundgedanken beruht insbesondere die allgemeinere Einschränkung der Verhandlungsmaxime durch die neue UZPO. in Bezug auf die Einführung der Beweismittel. Die Verhandlungsmaxime, welche nicht nur der Prozessökonomie, sondern auch dem Schutze des Privatinteressenkreises dient, hat ihre Berechtigung in Bezug auf die Einführung des Tatsachenmaterials. Sie ist diesbezüglich auch in der neuen ZPO. beibehalten. Ausnahmen bestehen betreffs der offenkundigen Tatsachen und der Tatsachen, aus welchen der Betrag eines Schadens usw. beurteilt werden kann. Anders, wenn dem Richter die Frage gestellt wird, ob er von der Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung überzeugt ist. Die Berücksichtigung der sich dem Richter darbietenden Beweise berührt in diesem Falle allgemein kein schutzwürdiges Privatinteresse.

Die Beschränkung der Verhandlungsmaxime in Bezug auf die Einführung der Beweise war schon im bisherigen Rechte und ist auch in der DZPO. angebahnt. Das Gericht hat außergerichtliche Geständnisse, Indizien und sonstige Tatumstände, welche sich ihm aus dem gesamten Inhalt der Verhandlung und aus dem Ergebnis einer Beweisaufnahme darbieten, zum Zwecke des Beweises auch dann zu berücksichtigen, wenn sich die Parteien auf dieselben nicht berufen haben. Das Gericht konnte ferner den Augenschein schon nach der ZPO. vom Jahre 1868 von Amts wegen anordnen. Jedenfalls kann das Gericht auch nach der DZPO. die Einnahme des Augenscheines zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhaltes von Amts wegen anordnen, und hat es einmal den Augenschein vorgenommen, so kann es das Ergebnis desselben, das ja nunmehr Verhandlungsinhalt ist,



auch für den Beweis nicht unberücksichtigt lassen. Auch konnte das Gericht nach der ZPO. vom Jahre 1868, ähnlich wie nach der DZPO., richterliche Eide vom Amts wegen auflegen. Freilich ist der Eid m. E. kein Beweismittel, immerhin erscheint es aber als ein innerer Widerspruch, daß das Gericht das für den Beweisnotstand geschaffene Vergewisserungsmittel von Amts wegen anzuwenden habe, dagegen die sich ihm im Prozesse darbietenden Beweismittel, welche dem Beweisnotstand abhelfen würden, nicht von Amts wegen berücksichtigen dürfe.

Die neue ZPO. geht auf der schon beschrittenen Bahn weiter. Sie erweitert die Einführung auch von Amts wegen auf alle Beweismittel, sowohl zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhaltes, als auch zum Zwecke des Beweises. Es kann auch die Vernehmung von Zeugen und die Vorlegung von Urkunden von Amts wegen angeordnet werden und, wie schon erwähnt, in der Regel auch die eidliche Vernehmung der Pareien. Das Beweisverfahren soll jedoch nicht zu einem inquisitorischen Verfahren ausarten. Das Gesetz beschränkt die Anordnung von Amts wegen auf den Fall, daß sich dem Gerichte die Beweismittel darbieten. Insbesondere kann das Gericht die Zeugenvernehmung oder die Einnahme des Augenscheines von Amts wegen anordnen, wenn es aus dem, wenn auch nur in den vorbereitenden Schriftsätzen erhaltenen Vorbringen der Parteien, aus dem Ergebnisse einer andern Beweisaufnahme oder aus andern Daten des Prozesses hervorgeht, daß die Beweisaufnahme zur Aufklärung des Sachverhältnisses oder zum Beweise streitiger Tatumstände dienen kann (§§ 288. 340). Es kann ferner zu denselben Zwecken anordnen, daß die Partei die Urkunde vorlege, welche sich nach ihrer, wenn auch nur in den vorbereitenden Schriftsätzen enthaltenen Angabe oder nach dem Ergebnisse einer Beweisaufnahme in ihrem Besitze befindet (§ 326).

Das Gesetz gibt dem Berichte auch die Mittel an die Hand, um die von Amts wegen angeordnete Beweisaufnahme ausführen zu können. Es kommt auch diesbezüg-



lich die prinzipielle Gleichheit der Beweismittel zum Ausdruck. Das Gericht kann jede der Parteien auffordern, den Zeugen zu benennen, um dessen Ladung zu ermöglichen, und es hat den Umstand, das die Partei der Aufforderung nicht nachkommt, frei zu würdigen (§ 288). Das Gericht kann ferner die Partei, welche den Besitz der Urkunde oder des Augenscheinsobjektes leugnet, zur Ermittlung der Wahrheit des Bestreitens und des Umstandes, wo sich die Urkunde oder das Augenscheinsobjekt befindet und ob sie dieselben nicht absichtlich vernichtet oder unbrauchbar gemacht hat, eidlich vernehmen (§§ 327, 342).

Besondere Bestimmungen hat das Gesetz auch für die Herbeischaffung von Urkunden und Augenscheinsobjekten, welche sich im Besitze eines Dritten befinden. Schon das G. ü. d. SV. hatte die Zeugnispflicht auf die Vorlage von Urkunden erweitert. Das Prozessgericht kann anordnen, daß der Zeuge die Urkunde, welche sich nach seiner Aussage in seinem Besitze befindet, vorlege. Auf die Verweigerung der Vorlage finden dieselben Bestimmungen Anwendung, wie auf die Verweigerung der Zeugenaussage, nur kann die Vorlage auch aus dem Grunde verweigert werden, daß der Zeuge die Urkunde im Namen einer dritten, im Prozesse nicht befangenen Person besitzt. Besondere Bestimmungen bestehen in Bezug auf die Einsicht der Urkunde durch die Parteien. Nicht berührt wird die Privatklage der Partei auf Herausgabe oder Vorlegung und Schadenersatz gegen den Zeugen (§ 308).

Diese Bestimmungen werden durch die ZPO. im wesentlichen auch auf den Augenschein erstreckt. Der Augenschein kann auch dann vorgenommen werden, wenn sich die Sache in dem Besitze eines Dritten befindet. Der Dritte ist zum Termin zu laden und hat Anspruch auf Zeugengebühren. Er kann gegen die Vornahme des Augenscheines nur dann Einspruch erheben, wenn sich aus der Vornahme für ihn oder für die Person, in deren Namen er besitzt, ein Schaden oder ein erheblicher Nachteil entstehen würde. Der etwaige, dem Betrage nach bei der Vornahme des Augenscheins festzustellende



Schaden ist ihm aber jedenfalls zu ersetzen. Wird der Einspruch durch das Prozeßgericht rechtskräftig verworfen, so kann der Augenschein auch mit Brachialgewalt durchgeführt werden, eine Hausdurchsuchung findet jedoch nicht statt (§§ 344, 346). Kann der Augenschein ohne Mitwirkung des Dritten nicht vorgenommen werden, so kann er als Zeuge vernommen werden und es finden die Vorschriften über die Vorlegung der Urkunden durch den Zeugen entsprechende Anwendung. Das Gericht kann dem Zeugen auch auftragen, daß er Augenscheinsobjekte mindern Umfangs, welche ohne Kosten vor Gericht gebracht werden können, mit sich bringe (§ 345).

Befindet sich die Urkunde im Gewahrsam eines Gerichtes, einer andern öffentlichen Behörde, eines öffentlichen Beamten oder eines öffentlichen Notars, so kann das Gericht zum Zwecke der Aufklärung des Tatbestandes oder des Beweises einer streitigen Tatsache die Urkunde in Urschrift, beglaubigter Abschrift oder Auszug auch von Amts wegen beschaffen (§ 328). Die Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde darf nur wegen Amts- oder Dienstgeheimnis oder im Falle erfolgter authentischer Veröffentlichung der Urkunde verweigert werden. Auf die Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit finden die diesbezüglich für den Zeugen geltenden Vorschriften Anwendung (§ 329). Diese Bestimmungen sind im wesentlichen auch auf Augenscheinsobjekte erstreckt (§ 343).

Zum Schlusse will ich noch erwähnen, daß die UZPO., anders wie die D. und ÖZPO., auch eine Vorschrift über die Beweislast enthält. Sie wurde schon in den Entwürfen insbesondere deshalb aufgenommen, um der Ansicht zu begegnen, welche auch in der ungarischen Literatur vertreten war, dass das Gericht infolge der Einführung des Prinzipes der freien Beweiswürdigung auch die Frage der Beweislast nach freier Würdigung der Umstände zu entscheiden habe. Das Schweigen des Gesetzes hätte dieser Ansicht um so mehr Nahrung verleihen können, als die ZPO. vom Jahre 1868 eine allgemeine Beweislastregel enthielt, welche auch durch das G. ü. d. SV. aufrechterhalten wurde.



Gehört nun wohl die Regelung der Beweislast in das Prozeßrecht, und läßt sich die Beweislast überhaupt allgemein für alle Fälle gültig regeln? Es sind das Fragen, über deren Lösung kein Einverständnis herrscht.

Um eine richtige und beruhigende Lösung dieser Fragen anzubahnen, muß man, wie ich glaube, vor allem die Frage der *necessitas probandi* von der Frage *cui incumbit probatio*, d. i. die Frage der Beweisnotwendigkeit von der Frage der Verteilung der Beweislast scharf scheiden.

Die Frage, ob überhaupt zu beweisen sei, ist prozessual. Ihre Beantwortung hängt vom Zwecke des Verfahrens ab. Möglicherweise genügt die bloße Behauptung, wie z. B. im Mahnverfahren, in welchem auf die behaupteten Tatsachen ebenfalls materielle Rechtssätze angewendet werden, um mit denselben die Bedingungen des Verfahrens abzumessen. Möglicherweise wird nur Bescheinigung gefordert usw. In einem Verfahren, in welchem das Bestehen des Rechtes auf dem Wege der Anwendung von Rechtssätzen endgültig festgestellt werden soll, ist es jedenfalls unerlässlich, daß die Tatsachen, an welche die Rechtsfolge durch den Rechtssatz geknüpft wird, der Untersatz der Schlußfolgerung, nicht zweifelhaft bleiben. Es ist logisch unmöglich, daß ein Urteil laute: Zweifelhaft, ob B. vom A. die geforderte Summe darlehnsweise empfangen habe, indem aber der Rechtsatz besagt, daß der Darlehnsnehmer die empfangene Summe zurückzuerstatten habe, verurteile ich den B. zur Zurückerstattung an A. Das Urteil könnte in diesem Falle logisch nur auf Abweisung oder allenfalls auf *non liquet* lauten. Selbstverständlich ist die Frage, an welche Tatsachen der Rechtsatz geknüpft ist, materiell-rechtlich.

Auch die Frage, was dem Richter als bewiesen gilt und was er auch ohne Beweis als Urteilsgrundlage feststellen muß, ist prozessual. Es ist auch das keine Frage der Beweislastverteilung. Es gilt dies insbesondere für die Frage, was durch gerichtliches Geständnis oder Versäumnung der Erklärung festgestellt wird. Die Leugnungstheo-



rie ist keine Beweislastverteilungstheorie, so verdienstlich sie auch im übrigen ist und so richtig es auch ist, daß es sich Prozesse nicht um juristische Tatsache, eigentlich Rechtsbegriffe, sondern um natürliche, nackte Tatsachen, um Ereignisse des Lebens handelt, welche im Prozesse eben juristisch zu bekleiden, juristisch zu beurteilen sind. Wenn der Beklagte angibt, daß das Geschäft unter einer aufschiebenden Bedingung oder mit einer Zeitbestimmung abgeschlossen wurde, so handelt es sich offenbar um ein Leugnen des tatsächlichen Vorganges. Es handelt sich um zwei miteinander unvereinbare Angaben der Parteien, was nach § 266 der UZPO. ausdrücklich als mittelbares Leugnen gilt. Man hat nur die zwei Vorgänge niederzuschreiben und nebeneinanderzustellen, um sich hiervon zu überzeugen.

Die Frage der Verteilung der Beweislast ist die Frage, welche Partei durch den Nichtbeweis einer beweisbedürftigen Tatsache belastet wird, oder objektiv gefaßt, welchem Standpunkte der Nichtbeweis einer Tatsache zum Nachteil gereicht.

Es ist das keine Frage der Verhandlungsmaxime. Die Verteilung der Beweislast ist im Zivilprozeß die gleiche, auch wenn derselbe durch die Officialmaxime beherrscht wird. Kann der Richter die Wahrheit der Tatsache des Erlöschens des Ehescheidungsrechtes nicht feststellen, so wird die Ehe geschieden. Dementsprechend führt auch die UZPO. unter den Bestimmungen des allgemeinen Verfahrens, welche in Eheprozessen nicht angewendet werden können, den § 269 über die Beweislast nicht an (§ 699). Weil es sich nicht um die Verhandlungsmaxime handelt, läßt sich die Frage der Verteilung der Beweislast auch nicht aus dem Gesichtspunkte der Verteilung der Behauptungslast lösen. Es wäre übrigens das nur eine Verschiebung der Frage, aber keine Erleichterung der Lösung. Ja, man kann sagen, daß eigentlich die Feststellung der Tatsache die Hauptsache ist. Die Behauptung ist nur die Einführung des Beweisthemas.

Daß die Beweislast im Zivilprozeß geteilt ist, leidet keinen Zweifel. Es fragt sich nur, wie sie geteilt ist und



ob wir für die Lösung dieser Frage eine allgemeine, für alle Fälle zutreffende gerechte, dem wahren allgemeinen Interesse entsprechende Regel aufstellen können. Um diese Frage zu beantworten, muß man, wie ich glaube, den Grund der Verteilung aufklären. Haben wir den gerechten Grund der Verteilung gefunden, so haben wir auch den gerechten Umfang derselben erkannt. Soweit der Grund der Verteilung reicht, soweit reicht auch der Umfang derselben.

Nach einer weitverbreiteten Ansicht soll die Verteilung der Beweislast auf der natürlichen Billigkeit Beruhen. Es wurde gegen diese Begründung m. E. mit Recht der Einwand erhoben, daß sie zur freien richterlichen Würdigung der Beweislastfrage im gegebenen Falle führe. Jedenfalls läßt sich aus dieser Begründung das Wie der Verteilung nicht einfach ableiten. Ebenfalls abzulehnen ist wie ich glaube, auch die Ansicht, das der Grund der Beweislastverteilung im materiellen Rechte enthalten sei, insbesondere in der Verschiedenheit der rechtsbegründenden, rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen, oder in dem Gegensatz zwischen Regel und Ausnahme und überhaupt in der Gliederung oder Zerlegung, oder in der Fassung des materiellen Rechtes. Daß dem nicht so ist, erhellt schon aus einem Blick auf das Strafrecht. Auch das Strafrecht weist im wesentlichen dieselbe Gliederung auf, wie das Privatrecht. Es hat gesonderte Rechtsätze mit besonderem Tatbestand für die Zurechnungsfähigkeit, Verjährung usw., es hat Regeln und Ausnahmen, und doch ist im Strafprozeß die Behandlung der Beweislastfrage eine andere als im Zivilprozeß. Ganz bedeutungslos ist die Gliederung der Rechtsätze des Strafrechtes übrigens auch im Strafprozeß nicht. Die positiv und negativ wirkenden Tatsachen werden auch im Strafprozeß verschieden behandelt. Während die begründenden Tatsachen als Grundlage der Verurteilung jedenfalls festgestellt werden müssen, kommen die Tatsachen mit negativer Wirkung im Prozeß und im Urteil nur dann zur Sprache, wenn sie von der Verteidigung geltend gemacht wurden, oder die Möglichkeit ihres Vorhandenseins sonst zum Vorschein kommt. Sind sie aber einmal fraglich, so



belastet der Beweis ihres Nichtvorhandenseins die Anklage. Wir sehen hier ab von den Ausnahmen, in welchen auch das Strafrecht voll zu beweisende Einwendungen kennt.

Der Grund der Verschiedenheit der Verteilung der Beweislast im Zivil- und im Strafprozeß liegt also nicht in der Verschiedenheit der Gliederung der Rechtssätze, sondern nur in der Verschiedenheit der Anwendung der Rechtssätze. Die Frage ist demnach die: warum müssen die Rechtssätze im Zivilprozesse anders angewendet werden, als im Strafprozeß, hier einzeln, dort miteinander verbunden? Offenbar muß man die Lösung dieser Frage in dem Zweck der Anwendung suchen.

Im Zivilprozeß bezweckt die Anwendung der Rechtssätze die Entscheidung der Frage, ob die Rechtsbehauptung des Klägers oder die Rechtsverneinung des Beklagten der Wahrheit entspricht. Beide Standpunkte sind vor dem Richter gleichwertig. Es soll weder ein Nichtrecht zugesprochen, noch aber ein bestehendes Recht abgesprochen werden. Beides wäre gegen das allgemeine Interesse, welches in der Ordnung der Privatrechtsverhältnisse zum Ausdruck kommt. Eben darum darf der Richter auch die an ihn gestellte Frage nicht mit einem non liquet beantworten. Was soll also der Richter tun, wenn die Wahrheit des Tatbestandes, welcher ihm vorliegt, zum Teil zweifelhaft bleibt, und er demzufolge nicht sämtliche Rechtssätze, welche für die Entscheidung bedeutsam sein können, anwenden kann. Wie soll er die Rechtsordnung wahren? Wir können ihm keinen besseren Rat erteilen, als daß er nur mit Berücksichtigung jener Rechtssätze entscheide, deren Tatbestand feststeht, dagegen jene Tatsachen, welche nicht festgestellt werden können, und die auf dieselben bezüglichen Rechtssätze unberücksichtigt zu lassen habe. Mit anderen Worten, der Richter hat zu entscheiden für die Partei, welche auf Grund der festgestellten Tatsachen an sich, abgesehen von bloßen Möglichkeiten, nach den anwendbaren Rechtssätzen Recht hat.

Können wir auch dem Strafrichter denselben Rat erteilen? Jedenfalls nein. Er hat nicht über zwei, von der



Rechtsordnung gleich geschützte, ebenbürtige Rechtsinteressen zu entscheiden, sondern nur über das eine Interesse, daß der Schuldige und nur der Schuldige eine Strafe erhalte. Daß der Unschuldige gestraft werde, widerspricht noch mehr der Rechtsordnung und den allgemeinen Interesse, als daß der Schuldige straflos bleibe. Eben deshalb belastet jeder Zweifel die Anklage. Von den besonderen, ebenfalls durch das allgemeine Interesse begründeten Ausnahmen kann auch hier abgesehen werden.

Die Regel der Beweislastverteilung ist also eine Regel der Anwendung der Rechtssätze, und gehört somit in das Prozeßrecht, überhaupt in das Recht des Verfahrens. Die Wahrheit dieser Erkenntnis erhellt ganz klar aus dem Umstande, daß dasselbe Gesetz ja nach dem Zwecke des Verfahrens verschieden anzuwenden ist. Hat der Strafrichter zum Zwecke der Entscheidung über die Strafbarkeit eine privatrechtliche Frage zu entscheiden, so hat er die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ebenso zu behandeln, wie jene des Strafrechtes. Die Vorschrift der UStrPO. §. 7, nach welcher in diesem Falle nach den Regeln des Strafverfahrens zu entscheiden ist, kann gewiß nicht auf die Untersuchungsmaxime und auf die Art des Beweises beschränkt werden. Ich will hier noch auf den Umstand kurz hinweisen, daß der Strafrichter durch das Urteil des Zivilgerichtes nicht gebunden ist und daß für ihn die Vermutungen des Privatrechtes nicht maßgebend sind. Die Verschiedenheit der Anwendung desselben Gesetzes je nach dem Zwecke des Verfahrens besteht übrigens nicht nur für den Zivil- und Strafprozeß. Im Verfahren, betreffs der Eheschließung, belasten die Zweifel über das Vorhandensein von Ehehindernissen den Antrag auf Schließung der Ehe, während dieselben Zweifel im Ehenichtigkeitsprozeß den Antrag auf Nichtigkeitserklärung belasten. Ebenso verhält es sich im Zivilprozeß in Bezug auf gewisse Prozeßhindernisse. Werden die Zweifel, welche sich über ihr Vorhandensein ergeben, nicht behoben, so ist das Verfahren einzustellen. Handelt es sich dagegen um die Nichtigkeitserklärung eines rechts-



kräftigen Urteils, so genügt der Zweifel nicht mehr, sondern es muß das Prozeßhindernis bewiesen werden, damit das Urteil für nichtig erklärt werden könne. Und auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr wird der Zweifel, welcher in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit des anderen Kontrahenten oder in Bezug auf das Erlöschensein der zu erwerbenden Forderung obwaltet, den Rechtsfreund zum Abraten von der Abschließung des Geschäftes bewegen.

Wenn wir sagen, daß die Beweislastregel eine Regel des Verfahrens ist, so wollen wir damit nicht sagen, daß die Art des Verfahrens für die Verteilung ausschließlich maßgebend sei. Es entscheidet der Zweck der Anwendung. Soll insbesondere der Zivilrichter ausnahmsweise über eine strafbare Handlung entscheiden, von welcher Zulässigkeit der Restitutionsklage bedingt ist, so hat er die Strafbarkeit nach denselben Beweislastregeln zu beurteilen wie der Strafrichter. Auch der Zivilrichter kann, wie dies sowohl aus der D. als der UZPO. (§ 564) entnommen werden kann, die Strafbarkeit nicht feststellen, wenn sie der Strafrichter mangels Beweises nicht feststellen könnte.

Es gehört also die Regel der Beweislastverteilung in das Prozeßrecht, und es läßt sich auch eine allgemein gültige, gerechte, durch das Gemeininteresse geforderte Vorschrift für die Verteilung der Beweislast nicht nur im Strafprozeß, sondern auch im Zivilprozeß aufstellen. Diese allgemeine Vorschrift kann darin kurz zusammengefaßt werden, daß das Gericht bei der Entscheidung der Sache nur jene Rechtssätze anzuwenden habe, deren Tatbestand beweisen ist. Dem Parteistandpunkte entsprechend könnte die Vorschrift auch lauten: die Beweislast betrifft in der Sache jede Partei nur für jene Tatsachen, an welche der Rechtssatz, dessen Anwendung in ihrem Interesse liegt, geknüpft ist. Dem Sinne nach entspricht dem auch die Fassung des § 260 der UZPO., nach welcher der Beweis jene Partei belastet, in deren Interesse es liegt, daß die behauptete Tatsache vom Gerichte als wahr angenommen werde. Dieser grundsätzlichen Entscheidung fügt das Gesetz noch die Erklärung bei, daß demgemäß die rechts-



begründenden Tatsachen von der Partei zu beweisen sind, welche das Recht geltend machen will, die das Entstehen des Rechtes ausschließenden und die rechtsaufhebenden Tatsachen dagegen von der Partei zu beweisen sind, welche der Geltendmachung des Rechtes widerspricht. Jedenfalls könnte die Fassung dieser Vorschrift verbessert werden.

Mit diesem Ergebnis unserer Erörterungen sind wir m. E. an der Grenze angelangt, welche der Prozessualist in dieser Frage überhaupt erreichen kann. Unzweifelhaft sind damit nicht alle Schwierigkeiten behoben, welche sich bei der Entscheidung der Frage ergeben, welche Partei eine Tatsache zu beweisen habe. Die Frage welche Tatsachen also zur Anwendung einer Rechtsregel erforderlich sind und an sich genügen, bleibt noch offen. Diese Frage ist aber auch gar nicht die Frage der Beweislastverteilung, sondern sie ist die Frage des Tatbestandes der Rechtsregel. Was der Tatbestand einer bestimmten Rechtsregel ist, und daß bei gewissem Tatbestande gewisse Rechtsfolgen einzutreten haben, dies zu bestimmen ist die Aufgabe des sog. materiellen Rechtes ja es ist das seine einzige Aufgabe. Für die Lösung dieser Aufgabe ist der Rechtsgedanke maßgebend, welcher verwirklicht werden soll. Ob. z. B. die querela inofficiosi testamenti nur dann begründet ist, oder ob sie, wie schon nach späterem römischen Rechte durch die gesetzliche Erfolge an sich begründet wird, sofern keine Unwürdigkeit vorliegt, hängt davon ab, ob das Recht das Interesse der Testierfreiheit oder aber das des Erbrechtes gewisser gesetzlicher Erben schützen will. Das Gesetz soll den Tatbestand der Rechtsfolge nicht nur klar, sondern auch zweckmäßig festsetzen. Der Gesetzgeber hat sich insbesondere — um mich des Wortes Ihering's zu bedienen, dem wir diese Erkenntnis verdanken — auch die Praktikabilität des festzusetzenden Tatbestandes vor Augen zu halten, damit die beabsichtigte Ordnung der Lebensverhältnisse infolge der *difficultas probandi* nicht bloß ein geschriebenes Wort bleiben soll, sondern auch die Feuerprobe des Prozesses bestehen könne. Es stehen



dem Gesetzgeber hierzu nach Ihering (Besitzwille, S. 146 ff.) drei Wege offen, nämlich: 1. die Wahl eines Tatbestandes, dessen Feststellung im Prozesse nicht den Zweck vereitelnden Schwierigkeiten begegnet, d. i. die sog. Approximation, 2. die Zerlegung des Tatbestandes und dementsprechend auch der Rechtsfolge, 3. die gesetzliche Vermutung. Zu diesen gesellt sich noch als vierter Weg, die unmittelbare Ordnung der Beweislastverteilung. Die beiden letzteren Wege unterscheiden sich jedoch nur der Form nach von der Zerlegung des Tatbestandes, in Wahrheit sind sie ebenfalls Tatbestandsfestsetzungen. Sie berichtigen im Interesse der Praktikabilität die dem ursprünglichen Gedanken des Gesetzgebers entsprechende Fassung des Tatbestandes. Sie sind technische Hilfsmittel, Denkformen der Gesetzgebung und sie können im Wege der Zerlegung des Tatbestandes und der Rechtsfolge auch anders gefaßt werden, ohne daß hierdurch das Wesen der Sache berührt würde. Für die gesetzlichen Vermutungen habe ich dies in meiner Schrift über Natur derselben (Festschrift für Adolf Wach) nachzuweisen versucht. Ganz offen liegt diese Erkenntnis für die Beweislastregeln des materiellen Rechtes zutage. Sie sind dementsprechend ihrem Wesen nach keine Regeln der Verteilung der Beweislast und werden nicht nur aus dem Prozeßrechte in das materielle Recht versetzt, sondern sie gehören als Tatbestandsfestsetzungen in das materielle Recht und sind dort an ihren richtigen Platz.

Die Aufgabe des Gesetzgebers ist auch Aufgabe der Rechtsanwendung und der Rechtswissenschaft. Auch diese haben den praktikablen Tatbestand der Rechtssätze zu erforschen im Wege der Auslegung oder Rechtsfindung, welche beide Tätigkeiten übrigens ihrem Inhalte nach nicht scharf geschieden werden können, indem ja die Ermittlung des vernünftigen Sinnes des Gesetzes das Bilden der Vorstellung von einem vernünftigen, dem allgemeinen Interesse entsprechenden Rechtssatze voraussetzt. Ein besonders weites Feld hat die Rechtsfindung auf dem Gebiete der Auslegung und Ergänzung der



Rechtsgeschäfte, wie dies insbesondere die wertvollen Untersuchungen von Erich Danz ergeben. Aus dem Gesichtspunkte der Rechtsfindung ist m. E. auch die bekannte Frage der Beweislast beim sog. Realkaufe und ähnlichen Verträgen zu lösen. Wir wollen dies im folgenden nachzuweisen versuchen.

Klagt der Verkäufer aus einem unter gewissen Umständen abgeschlossenen Kaufe auf Zahlung des Kaufpreises, — z. B. wegen des Kaufpreises eines im offenen Laden des Klägers verkauften und ausgelieferten Kistchens Zigarren, — so muß er, wie dies allgemein anerkannt wird, um mit seiner Klage durchzudringen, auch den Umstand beweisen, daß der Kauf auf Kredit abgeschlossen wurde, oder daß der Beklagte den Kaufpreis nicht bezahlt hat.

Nach einer verbreiteten Ansicht soll jedoch auch in diesen Fällen prinzipiell die allgemeine Regel zur Anwendung kommen, daß der Beweis der Tilgung des Preises den Beklagten belastet, es soll aber dieser Beweis schon durch die Umstände des Falles, insbesondere durch die Auslieferung der Ware erbracht sein. Diese Ansicht, nach welcher der Beweis des Klägers ein Gegenbeweis wäre, ist aber unvereinbar mit dem Umstand, daß der Kläger den Beweis der Nichtzahlung, und zwar auch den direkten Beweis durch Eid führen kann. Es belastet ferner bei einigem Beweis des Klägers, welcher den angeblichen Beweis des Beklagten zum Teil entkräftet, die Ergänzung des Beweises den Kläger und nicht den Beklagten. So insbesondere, wenn der Kläger den unvollkommenen Beweis des Kaufes auf Kredit durch seine Handelsbücher führt, welche ihrem Zwecke gemäß vornehmlich eben dem Beweise dienen, daß das Geschäft auf Kredit abgeschlossen wurde. Nach der jedenfalls zu allgemein gefaßten Vorschrift der UZPO. vom Jahre 1868, § 174, war sogar der Bucheid ausdrücklich auch auf den Umstand zu leisten, daß der Preis der in der Rechnung enthaltenen Posten nicht bezahlt ist. Es folgt also schon aus der prozessualen Behandlung der Beweisfrage, daß der Beweis des Klägers kein Gegenbeweis sein kann, sondern ein Hauptbeweis sein muß, und daß die vom Kläger zu



beweisende Tatsache zur Begründung des Anspruches aus Zahlung des Kaufpreises gehört. Nicht spricht dagegen, daß gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil erlassen werden kann, indem ja die Klage wenigstens die allgemeine Behauptung enthält, daß der Beklagte den Kaufpreis schuldig geblieben ist.

Daß die Umstände des Falles nicht als Beweisgründe gewürdigt werden, ergibt auch die nähere Betrachtung der Fälle, in welchen die Umstände den Beweis erfordern, daß der Beklagte den Kaufpreis schuldig geblieben ist. Wir sehen vor allem, daß diese Beweisnotwendigkeit zwei Voraussetzungen hat, nämlich 1., daß ein Vertrag vorliegt, nach welchem Leistung und Gegenleistung einander im verkehrüblichen Sinne sofort zu folgen haben und 2., daß der Kläger den Vertrag seinerseits schon erfüllt hat. Die erste Voraussetzung betrifft die Norm des Vertrages. Diese Norm kann ausdrücklich vereinbart sein, sie kann aber auch den Umständen des Falles entnommen werden. Wird in einem offenen Laden gekauft, so gilt an sich die Norm: gegen bar; besteht aber unter den Parteien die Übung, daß auf Kredit gekauft wird, so gilt auch für den einzelnen Fall die Norm der Stundung des Kaufpreises. Speist der Hotelgast im Speisesaal des Gasthofes, so gilt die dort übliche Norm, welche möglicherweise auch durch Aushang erkenntlich gemacht wird, dass die Zeche sofort zu begleichen ist, lässt sich dagegen der Hotelgast das Mahl auf das Hotelzimmer bringen, so gilt die Norm, dass die Zeche auf die Hotelrechnung gestellt wird. Diese Umstände des Falles werden also nicht als Beweisgründe gewürdigt, sondern sie beeinflussen die Bedeutung des Verhaltens der Vertragschliessenden, welche im Wege der Auslegung mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, so wie es Treu und Glauben erfordert, zu ermitteln ist. Diese Umstände sind Tatsachen, welche zum Tatbestand des Vertrages gehören. Sie bestimmen den Inhalt des Vertrages und den auf den Vertrag anzuwendenden Rechtsatz.

Aber auch die weitere Voraussetzung der Beweislast des Klägers, dass er die Ware ausgeliefert hat, ergibt



keinen Beweis. Es erhellt dies schon aus dem, dass aus diesem Umstand kein Schluss auf keine bestimmte Tatsache, auf ein bestimmtes, sinnlich wahrnehmbares Ereignis gezogen wird. Wenn dieser Umstand überhaupt beweisen würde, so würde er nicht nur die sofortige Tilgung des Kaufpreises durch Zahlung, sondern auch eine jedwede andere sofortige Tilgung beweisen. Es hat ja der Kläger auch dann zu beweisen, wenn der Beklagte überhaupt leugnet, dass er den Kaufpreis schuldig geblieben ist, ja, auch dann, wenn sich der Beklagte über diesen Umstand zulässigerweise, z. B. weil es sich um Käufe seines Erblassers handelt, mit Nichtwissen erklärt, in welchem Falle ja doch gewiss keine zu beweisende Zahlungseinrede vorliegt. Man bedenke nur, wie ganz anders zu entscheiden ist, wenn sich der Beklagte beim Kreditkauf mit Nichtwissen der Begleichung des Kaufpreises durch den Erblasser oder durch seinen Bediensteten verteidigen würde. Wenn somit die Auslieferung der Ware einen Schluss auf das Erloschensein oder Nichtvorhandensein der Forderung, also auf eine Rechtsfolge ergibt, so bedingt dieser Schluss einen Rechtsatz, welcher die Rechtsfolge an diesen Tatbestand anknüpft. Für Käufe, bei welchen die Auslieferung der Ware verkehrsüblich erst nach Begleichung des Kaufpreises erfolgt, kann dieser Rechtsatz schon aus der Bedeutung der Auslieferung der Ware als einer Erklärung durch Auslegung mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entnommen werden. Diese Ableitung des Rechtssatzes trifft jedoch nicht zu, wenn es sich um die spätere Forderung der Auslieferung der Ware gegen den beim Abschlusse des Geschäftes erlegten Kaufpreis handelt, in welchem Falle aber der Rechtssatz ebenfalls Anwendung findet, indem der Kläger die Nichtauslieferung der Ware zu beweisen hat. Die Zahlung des Kaufpreises kann nicht als eine Erklärung der Erledigung des Geschäftes aufgefasst werden. Auch als Beweisgrund hätte übrigens die Zahlung des Kaufpreises keine volle Beweiskraft; sie kann nur eine Wahrscheinlichkeit ergeben, welche aber sonst für den Beweis der Tatsache der Auslieferung des Kaufobjektes nicht genügt. Man könnte allenfalls eine Auslegung



des sonstigen Verhaltens der Parteien annehmen. Aber dieses sonstige Verhalten muss nicht vorliegen und kann möglicherweise gar nicht ermittelt werden und die Beweislast bleibt dennoch dieselbe. In allen Fällen, auf welche es hier ankommt, entspricht aber dieser Rechtssatz der Verkehrsübung, nach welcher bei gewissen wirtschaftlichen Vorgängen der bezweckte wirtschaftliche Erfolg restlos erledigt wird, so dass Leistung und Gegenleistung verkehrsüblich auch zeitlich zusammenhängende, einander ergänzende Teile desselben Vorganges bilden. Dieser Verkehrsübung und verkehrsüblichen Auffassung wird der Rechtssatz entnommen, das aus solchen Vorgängen, sofern die Umstände nichts anderes ergeben, keine Forderung auf spätere Leistung besteht. Es wird durch diesen Rechtssatz auch das Verkehrsinteresse geschützt. Es wäre unleidlich, wenn die vertragschliessenden Teile bei einem jeden Vertrage des täglichen Lebens, welcher verkehrsüblich sofort erledigt wird, gegenseitig Empfangsbekanntnisse auszustellen und dieselben auszubewahren hätten, um sich gegen eine spätere Forderung sicherzustellen. Ja, das Verlangen eines schriftlichen Empfangsbekanntnisses auf Grund des § 368 des DBGB. wäre unter Umständen gegen die Verkehrssitte und unstatthaft.

Dass man wegen der scheinbar normwidrigen Regelung der Beweislast bei gewissen Verträgen den Begriff einer besondern Art von Verträgen, der sog. Realverträge zu konstruieren habe, scheint mir nicht zutreffend. Geben und Nehmen und überhaupt Erfüllungshandlungen können zwar die Bedeutung eines Vertragsschlusses haben, aber nur weil sie mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in diesem Sinne auszulegen sind. Die causa, aus welcher erfüllt wurde oder noch zu ertüllen ist, bleibt aber auch in diesen Fällen dieselbe, als wenn der Vertrag durch Worte geschlossen wäre. Es liegt m. E. keine Änderung der Klage vor, wenn der Kläger den Abschluss eines Kaufvertrages mit Stundung des Preises behauptet und im Laufe der Verhandlung diese Behauptung dahin berichtigt, dass der Beklagte sich nach Empfang der Ware entfernt hat, ohne den Preis zu bezahlen. Auch kann



durch die Konstruktion der Realverträge die Beweislast nicht für alle Fälle gelöst werden. Speist man z. B. im Gasthaus nach der Karte, so wird der Vertrag durch die Bestellung der einzelnen Speisen und durch die Annahme dieser Bestellung geschlossen. Eine sofortige Bezahlung des Preises der verabreichten einzelnen Speisen, also ein Vertragschluss durch Geben und Nehmen ist hier nicht verkehrsmäßig. Man bleibt bis zum Schlusse der Mahlzeit mit dem Preise der einzelnen Speisen und Getränke schuldig und begleicht erst dann seine Schuld, welche aufgerechnet wird. Klagt nun der Gastwirt wegen der Zahlung der Zeche, so hat er auch in diesem Falle zu beweisen, dass auf Kredit gespeist oder die Zeche nicht bezahlt wurde. Der Fall wird ebenso behandelt, als wenn dem Kunden die Speisen und Getränke gegen Erlag des Preises verabfolgt werden, was in manchen Wirtschaften auch verkehrsmäßig ist.

In einem Punkte müssen wir aber der Theorie der Realverträge jedenfalls zustimmen, nämlich, dass die besondere Ordnung der Beweislast bei diesen Verträgen eine Rechtsfrage, eine Frage des anzuwendenden Rechtes ist. Dieses Ergebnis, auf welches es hier ankommt, hat m. E. auch unsere Untersuchung nachgewiesen. Die materielle Beweislastfrage ist auch in den behandelten Fällen wie überhaupt immer die Frage, was bei einem gegebenen Tatbestande Rechtens ist. Es fragt sich nur, ob ein festgestellter Tatbestand genügt oder nicht, dass auf denselben eine bestimmte Rechtsregel angewendet werden könne. Diese Sätze gelten unbedingt, ohne Ausnahme. Auch wenn der Richter die materielle Beweislastfrage scheinbar nach freier Würdigung der Umstände des Falles, nach Erfahrungssätzen oder Vermutungen entscheidet, bestimmt er damit die Entscheidungsnorm des Falles, d. i. er findet einen Rechtssatz, welchen er auf den Tatbestand anwendet. Entscheidet z. B. der Richter auf Grund des festgestellten Tatbestandes, nach welchem der Kläger den Schuldschein dem Beklagten zurückgegeben hat, dass der Kläger die Unwahrheit der vom Beklagten behaupteten Zahlung der Schuld zu beweisen habe, und weist er



den Kläger, falls der Beweis nicht gelingt, mit seiner Klage ab, so wendet er in Wahrheit den Rechtssatz an, dass die Tatsache der Rückgabe des Schuldscheines an sich die Rechtsfolge der Tilgung der Schuld hat. Es ist das ein Rechtssatz, welchen § 1428 des ÖABGB. auch ausdrücklich in der Fassung einer gesetzlichen Vermutung ausspricht. Ob sich der Richter dessen bewusst ist oder nicht, dass er bei der Entscheidung der Beweislast einen richtigen oder falschen Rechtssatz angewendet. Die freie Würdigung der Beweislast ist freie Findung eines Rechtssatzes. Inwieweit die freie Rechtsfindung statthaft ist, ist eine Frage für sich. Jedenfalls hat sie bewusst als solche auf den richtigen Grundlagen zu erfolgen.

## II.

### Der Bau des Prozesses in erster Instanz nach der ungarischen ZPO.

Die einfachste Gestaltung des mündlichen Zivilprozesses ist die folgende: Der Kläger trägt dem Gerichte in Gegenwart des Beklagten seine Klage vor. Bestreitet der Beklagte den Anspruch des Klägers, so folgt die Verhandlung und Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches. Also: Rechtsbehauptung und Rechtsbestreitung und sodann Sachverhandlung. Ist der Beklagte nicht gegenwärtig, so muß das ganze Verfahren durch die Stellung des Beklagten vor Gericht eingeleitet werden.

Das sind die Grundlinien des Prozesses nach der UZPO., welchen sich der Bau des Prozesses anfügt.

Das Verfahren zerfällt demgemäß in zwei Abschnitte, nämlich in den der Prozeßaufnahme und in den der meritorischen oder Sachverhandlung. *Constitutio iudicii* und *iudicium*. Der Prozeßaufnahme hat in der Regel, aber nicht immer, die Ladung voranzugehen. Wir wollen uns zuerst mit letzterer beschäftigen.



Die Ladung entfällt, ähnlich wie nach der DZPO. und auch nach dem früheren ungarischen Gerichtsgebrauch, wenn die Parteien im amtsgerichtlichen Verfahren an den hierzu bestimmten und kundgemachten Gerichtstagen vor dem Gerichte zur Verhandlung ihrer Sache freiwillig erscheinen, ferner wenn die Partei den Gegner vor das Amtsgericht zum Zwecke des Sühneversuchs laden läßt und, sofern der Sühneversuch erfolglos bleibt, seine Klage sofort vorträgt. Auch entfällt die Ladung bei der Widerklage, der Inzidentfeststellungsklage und überhaupt bei der durch die UZPO. im weiteren Umfang zugelassenen Klageerhebung im Laufe der Verhandlung.

Wenn wir einen Blick auf die interessante und lehrreiche Geschichte der Ladung werfen, so sehen wir, daß der ursprüngliche Zweck der Ladung in der Stellung des Beklagten vor Gericht besteht, damit die Klage in seiner Gegenwart vor Gericht vorgetragen werden könne.

So bei der römischen in *jus vocatio* und der germanischen *mannitio*. Später wird sodann im römischen Verfahren mit der Ladung die *actionis editio*, d. i. die vorbereitende Mitteilung der Klage an den Beklagten verbunden. Die Klage selbst wird aber auch bei dieser Ladungsform erst vor Gericht mündlich vorgetragen. So bleibt es auch noch im justinianeischen Prozeß. Der *libellus conventionis* ist nicht die Klagehandlung, sondern nur ein vorbereitender Schriftsatz und Ladungsschrift, wenn auch die bloß vorbereitende Bedeutung des *libellus* durch die Zulassung eines Versäumnisverfahrens gegen den Kläger getrübt wird. Auch im Prozeß des Mittelalters, in welchem sich auf Grund der fränkischen *bannitio* verschiedene Ladungsformen ausbildeten, wie solche auch das ältere ungarische Verfahren aufweist, wird die Klage zum Zwecke der *litis contestatio* erst vor Gericht vorgebracht. Die weitere Entwicklung erfolgt dann unter dem Einfluß der Schriftlichkeit. Vorerst beginnt das Verfahren auch jetzt noch mit einem *libellus citationis*, und die Klage wird erst im Termin mündlich und schriftlich, später nur schriftlich angebracht. Um das Verfahren abzukürzen und die für die Beantwortung der Klage durch den Beklagten erforder-



liche Dilation zu ersparen, wurde jedoch der libellus actionis dem libellus citationis beigeschlossen und später mit demselben vereinigt.

Die Klage ist nunmehr im schriftlichen Prozeß — auch insofern sich derselbe noch in den Formen des mündlichen Prozesses bewegt und terminlich verhandelt wird — die erste Prozeßhandlung, welche zugleich mit der Ladung dem Beklagten mitgeteilt wird. Wird bei der Erledigung der Klage das erste Exemplar derselben bei Gericht zurückbehalten, wie z. B. im ordentlichen Prozeß der UZPO. vom Jahre 1868, so entfällt auch die Vorlegung der Klage im ersten Termin, welche nunmehr nur zur Ergänzung der Gerichtsakten dient. Der Beklagte kann den Prozeß, wie es im älterem ungarischen Verfahren hieß, auch *ex paribus* levieren.

Die neue UZPO. stellt den vorbereitenden Charakter der Ladung wieder her. Das Verfahren beginnt mit der Einreichung eines Schriftsatzes, welche nur die Ladung und die Vorbereitung der Verhandlung bezweckt. Das Gesetz nennt dieses Schriftsatz: Klageschrift. Daß die Klageschrift im bezirksgerichtlichen, d. i. amtsgerichtlichen Verfahren auch zu Protokoll erklärt werden kann, ist bekanntlich nur eine Erleichterung der schriftlichen Abfassung, berührt aber die obligatorische Form der Schriftlichkeit nicht. Die Klageschrift muss die Angaben enthalten, welche die Ladung ermöglichen und begründen. Insbesondere hat zu enthalten die Mitteilung der individualisierten Klage, welche der Kläger im Termin zur Prozessaufnahme vortragen will, ferner hat die Klage, soweit dies erforderlich ist, auch jene Angaben zu enthalten, aus welchen das Vorhandensein der von Amts wegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzungen und die sachliche und örtliche Zuständigkeit — nach ungarischem Sprachgebrauch der Wirkungskreis und die Zuständigkeit des Gerichtes — beurteilt werden können. Es sind das Angaben, durch welche die Zulässigkeit der Ladung bedingt wird. Außerdem soll die Klageschrift noch der Vorbereitung der Sachverhandlung dienen und zu diesem Zwecke enthalten den tatsächlichen Grund der



Klage und die Angaben der Beweise, nach den allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze. Nicht notwendig ist ein ausdrücklicher Antrag auf Ladung. (§ 129).

Die rechtliche Natur der Klageschrift ist demnach eine doppelte. Sie dient einerseits dem Zwecke der Ladung, andererseits dem Zwecke der Vorbereitung der Verhandlung. Nur in der ersteren Beziehung hat sie wesentliche Erfordernisse, welche bei der Erledigung der Klageschrift einer *causae cognitio* unterliegen. Diese erfolgt im bezirksgerichtlichen Verfahren durch das Bezirksgericht, in dem Verfahren von Gerichtshöfen aber in erster Reihe durch den Vorsitzenden des Senats. Können die Mängel der Klageschrift nachgeholt werden, so ordnet das Bezirksgericht bzw. der Vorsitzende die Verbesserung an, können die Mängel nach der Ansicht des Vorsitzenden nicht nachgeholt werden, so unterbreitet er die Frage dem Senate. Die Abweisung kann nur durch letzteren erfolgen (§§ 140, 141).

Als vorbereitender Schriftsatz unterliegt die Klageschrift durchweg den Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze. Ist die Ladung einmal erfolgt, so ist maßgebend nur das mündliche Vorbringen. Es gilt dies auch von der in der Klageschrift angemeldeten Klage. Die Angabe derselben ist für die Ladung wesentlich. Die Ladung hätte ohne diese Angabe keinen Zweck und Sinn. Ist aber die Ladung erfolgt, so hat diese Angabe ihren Zweck erfüllt, und der Kläger hat nunmehr seine Klage vor Gericht mündlich vorzutragen, damit sie als Urteilsgrundlage dienen könne. Trägt er eine verbesserte oder eine andere Klage vor, so ist dieser Vortrag nur nicht vorbereitet, und der Beklagte kann, wie überhaupt im Falle mangelhafter Vorbereitung, den Umständen entsprechend eine Vertagung der Verhandlung auf Kosten des Klägers beanspruchen (§§ 178, 179). Ist der Beklagte nicht erschienen, so kann der Kläger auf Grund der nicht vorbereiteten Klage kein Versäumnisurteil erlangen und es bedarf für die mündlich vorgetragene Klage einer Mitteilung an den Beklagten und einer neuen Ladung. So ist



es ja auch nach der DZPO., wenn der nichterschiedenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mitgeteilt war. Daß die Klage anders behandelt werden soll, wie ein sonstiges mündliches Vorbringen, insbesondere auch die Widerklage, läßt sich m. E. kaum rechtfertigen. Jedenfalls bietet diese Regelung einen genügenden Schutz für den Beklagten gegenüber dem Leichtsinn des Klägers und sie ist auch ökonomischer, als wenn die Klage zurückgenommen werden muß, um dann ganz neu eingeleitet zu werden.

Nicht ganz entsprechend scheint es demnach, dass das Gesetz den Schriftsatz, welcher seinem Wesen nach eine Ladungs- und Vorbereitungsschrift ist, Klageschrift nennt. Der erste Entwurf vom Jahre 1884 bezeichnete denselben auch noch als Ladungsschrift. Die späteren Entwürfe vermieden jedoch diese Neuerung in der Ausdrucksweise und unterscheiden zwischen Klageschrift und Klage, welche letztere die eigentliche Klagehandlung bezeichnet. Sachlich kommt jedoch die bloß vorbereitende Bedeutung der Klageschrift im Gesetze reinlich zur Geltung, anders wie noch im Vorläufer der neuen ZPO. im G. ü. d. SV. vom Jahre 1893, welches das bezirksgerichtliche Verfahren neu ordnete, dessen Entwurf übrigens in dieser Frage schon den Standpunkt der neuen ZPO. einnahm. Nach diesem Gesetze war die Klageschrift bald nur ein vorbereitender Schriftsatz, bald aber die maßgebende Klagehandlung. Sie war das erstere insofern, als der Kläger seine Klage bei sonstigem Eintritt der Versäumnisfolgen in der Verhandlung mündlich vorzutragen hatte. Sie war die Klage selbst, insofern als im Falle der Versäumnis des Klägers über die in der Klageschrift mitgeteilte Klage eine Sachentscheidung möglich war und die Klage nicht nur abgewiesen, sondern derselben auch stattgegeben werden konnte. Noch widerspruchsvoller war es, dass im Falle der Versäumnis des Klägers auch das in der Klageschrift enthaltene tatsächliche Vorbringen, welches doch offenbar nur der Vorbereitung dient, als vorgetragen galt. Denselben Nachklang des schriftlichen Verfahrens finden wir auch in der ÖZPO., während die



DZPO. insofern folgerichtiger ist, als der versäumende Kläger mit seiner Klage nur abgewiesen werden kann, was schliesslich auch so aufgefasst werden kann, dass er mit seiner Klage zum ewigen Schweigen verurteilt wird.

Auf die ordnungsmässige Klageschrift werden die Parteien im Verfahren vor Gerichtshöfen zur Prozessaufnahme, im bezirksgerichtlichen Verfahren aber zur Prozessaufnahme und auch zur Sachverhandlung geladen (§ 143). Die Zustellung der Ladung erfolgt, wie allgemein mit Ausnahme der reinen Vorbereitungsschriftsätze, von Amts wegen.

Sind beide Parteien im Termin erschienen, so beginnt die Prozessaufnahme. Sie hat zwei unlässliche Handlungen, nämlich den Vortrag der Klage und den sachlichen Gegentrag des Beklagten, welcher auch Einlassung auf den Prozess genannt wird. Ohne diese zwei Handlungen kann es zu keiner Sachverhandlung, zu keinem iudicium kommen. Es kann kein Verfahren eröffnet werden, welches die Überzeugung des Gerichtes von dem Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung und ein auf diese Überzeugung gegründetes Urteil bezweckt. Es ist das eine natürliche Folge der Befugnis der Parteien, über den Gegenstand des Prozesses an welchem sie allein interessiert sind, zu verfügen. In einem Prozess über einen solchen Gegenstand würde es eine Energievergeudung sein, wenn sich der Staat entgegen dem Verhalten der Parteien und über dasselbe hinaus mit der Untersuchung der rechtlichen Interessen der Parteien abgeben würde. So war es im grossen ganzen auch im bisherigen Prozess und so wird es ja auch allgemein gehalten. Das neue Gesetz, welches die Sachverhandlung von der Prozessaufnahme klar abgrenzt, prägt diesen Gedanken nur schärfer aus und führt denselben folgerichtiger durch als das bisherige Recht.

Keine Sachverhandlung findet dementsprechend statt im Falle von Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich. Alle drei Handlungen beendi-



gen das Verfahren auch, wenn sie im Laufe der Sachverhandlung erfolgen. Im Falle der Anerkenntnis und des Verzichtes hat zwar das Gericht auf Antrag durch Urteil — auch Teilurteil — zu erkennen, aber dieses Urteil ist, abgesehen von der Beurteilung der prozessualen Gültigkeit der Handlung, kein Ergebnis der urteilenden Tätigkeit. Der Richter erscheint dabei nicht in der Rolle der altdeutschen Urteiler, sondern er akzeptiert nur das Parteiurteil, ähnlich wie das Geschworenengericht den Wahrspruch der Geschworenen. Der Vergleich wird dagegen wie bisher vom Gericht mittels Bescheid zur Kenntnis genommen, sofern, wie das Gesetz besagt, diesbezüglich kein Hindernis obwaltet.

Ich will hier noch erwähnen, dass nach der UZPO. auch der Vergleich mit der vollen Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung ausgestattet ist. Der Vergleich hat, wenn er vom Gerichte zur Kenntnis genommen wurde, wie schon nach bisherigem Rechte, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (§ 423). Daß derselbe nicht nur in Bezug auf die Beendigung des Verfahrens, sondern auch in Bezug auf die Ordnung der Sache nicht bloss ein privatrechtliches Rechtsgeschäft ist, erhellt unter anderem schon daraus, dass der Vergleich auch von einem Eide bedingt abgeschlossen werden kann, welcher von dem Gerichte abgenommen wird und dessen Leistung oder Versäumung gerichtlich bezeugt wird (§ 380). Die neue ZPO. gestattet gegen den Vergleich auch die Wiederaufnahmeklage unter denselben — beschränkten — Voraussetzungen wie gegen ein Urteil auf Grund von Anerkenntnis oder Verzicht (§ 563). Es sollen die Parteien, welche allenfalls auf pflichtgemässe Anregung des Gerichtes einen Vergleich schliessen, nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie es auf ein Urteil ankommen lassen, und sie sollen hierdurch nicht vom Vergleiche abgehalten werden. Es wird durch diese Gestaltung der Wiederaufnahmeklage auch ein Widerspruch beseitigt, welcher früher im ungarischen Prozessrechte zwischen Gesetz und Rechtsprechung bestand. Es war nämlich nach der Zivilprozessnovelle vom Jahre 1881 gegen den gerichtlichen Vergleich



die Nichtigkeitsklage wegen Vertretungsmängel innerhalb von 10 Jahren zulässig, die Restitutionsklage aber ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung der königlichen Kurie, des obersten Gerichtshofes, konnte jedoch der gerichtliche Vergleich aus denselben Gründen wie der aussergerichtliche Vergleich mittels Klage angefochten werden, selbstverständlich während der allgemeinen Verjährungszeit, welche nach ungarischem Rechte 32 Jahre beträgt. Die Begründung der königlichen Kurie, dass der gerichtliche Vergleich seinem Wesen nach ein privatrechtliches Rechtsgeschäft sei, stand m. E. in offenbarem Widerspruch mit der Auffassung der Natur des Vergleiches im G. vom Jahre 1881. Zugegeben muss es aber werden, dass die Rechtsprechung in der Zwangslage war, einem Mangel des Gesetzes nach Tunlichkeit abhelfen zu müssen. Sie tat es im Anschluss an die vorherrschende Lehre.

Besonders betont werden muß es, daß auch im Falle der Versäumnis des Termines zur Prozeßaufnahme keine Sachverhandlung stattfindet. Nach der UZPO. ist die Versäumnis der Verhandlung zur Prozeßaufnahme von der Versäumnis der Sachverhandlung scharf zu scheiden. Im Falle der Versäumnis der Sachverhandlung (§ 445) gibt es kein eigentliches Versäumnisverfahren und kein Versäumnisurteil. Es wird über die Klage und den Gegenantrag mit der erschienenen Partei zur Sache verhandelt bzw. die Verhandlung fortgesetzt. In dieser Verhandlung treten nur die Folgen der Versäumnis der einzelnen Prozeßverhandlungen ein. Auf Grund dieser und der etwaigen vorausgegangenen Verhandlungen und Beweisaufnahmen ergeht sodann ein kontradiktorisches Urteil. Anders im Falle der Versäumnis der Verhandlung zur Prozeßaufnahme.

Versäumt der Kläger den Termin zur Prozeßaufnahme, so kann über die Klage überhaupt nicht entschieden werden, sondern das Gericht hat nur auf Antrag der Beklagten die Ladung mit Bescheid aufzuheben und dem Kläger die Kosten aufzuerlegen, sofern über dieselben noch keine rechtskräftige Entscheidung



vorliegt. Der Kläger kann in diesem Falle innerhalb 15 Tagen bei Wahrung der Wirkungen der Einreichung der Klageschrift und der Ladung die Wiederholung der Ladung beantragen oder auch später den Prozeß von neuem beginnen (§ 439).

Diese Folge der Versäumnis des Klägers ist in dem Falle, wenn er die Klage vor Gericht mündlich noch nicht vorgetragen hatte, schon dadurch begründet, daß vor dem mündlichen Vortrag überhaupt noch keine Klage vorhanden ist, über welche entschieden werden könnte. Diese Folge tritt aber nach dem Gesetze auch dann ein, wenn der Kläger den Termin zur Prozeßaufnahme nach dem mündlichen Vortrag seiner Klage, aber vor der Einlassung des Beklagten versäumt, z. B. wenn der Beklagte prozeßhindernde Einreden vorbringt, deren Verhandlung vertagt wird, und der Kläger im neuen Termin nicht erscheint. In diesem Falle ist schon eine Klage vorhanden. Es gilt aber auch in diesem Falle, daß der Kläger vor der Einlassung des Beklagten an seine Klage nicht gebunden ist und dieselbe ohne einen sachlichen Nachteil einseitig zurücknehmen kann. Die einfachste und natürlichste Auslegung der Versäumnis des Klägers ist gewiß die, daß er das Verfahren nicht fortsetzen will. Gegen diese Auslegung kann sich auch der Beklagte nicht beschweren, wenn er sich einmal damit überhaupt zufrieden geben muß, daß der Kläger vor der Einlassung auf die Fortsetzung des Verfahrens einseitig verzichten kann. Dieser leitende Gedanke des Gesetzes kommt auch in der analogen Regelung der Folgen der Zurücknahme der Klage (§ 186) und der Versäumnis des Prozeßaufnahmetermins zum Ausdruck. Insbesondere wird in beiden Fällen das billige Interesse des Beklagten gleichmäßig gewahrt. Erhebt der Kläger die Klage von neuem, oder beantragt er im Falle der Versäumnis auch nur die Wiederholung der Ladung, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Erstattung der Kosten erfolgt ist. Es kann ferner der Beklagte in beiden Fällen im Prozeßaufnahmetermin gegenüber dem Kläger eine Klage auf negative Feststellung erheben, ohne daß es hierbei des Nachweises bedürfte,



daß die Feststellung in seinem rechtlichen Interesse, oder wie sich das ungarische Gesetz ausdrückt, zur Sicherung seines rechtlichen Zustandes erforderlich ist.

Nicht so einfach wie im Falle des klägerischen Versäumnisses scheint die Beantwortung der Frage zu sein, ob auch in dem Falle keine Sachverhandlung stattfindet, wenn die Prozeßaufnahme vom Beklagten versäumt wird.

Der § 440 der UZPO. besagt: Versäumt der Beklagte den Termin zur Prozeßaufnahme, so ist auf Antrag des Klägers dem Klageantrage entsprechend durch Urteil zu erkennen. Nach § 443 ist jedoch die Erlassung des Versäumnisurteils unter anderem auch dann mit Bescheid zu verweigern, wenn der Klageantrag durch den Inhalt der mitgeteilten Klage nicht begründet ist. Man könnte also sagen, daß das Gericht, indem es die Rechtsregel auf die Klagetatsachen anwendet, die Klage sachlich untersucht und auf dieser Grundlage urteilt.

Es findet aber dennoch keine Sachverhandlung statt. Daß es formell keine solche gibt, ist unzweifelhaft. Nach § 191 kann das Gericht nur dann zur Sachverhandlung schreiten, wenn die Sache im Prozeßaufnahmetermin auf Grund von Anerkenntnis, Verzicht oder Versäumnis nicht erledigt wird und der Beklagte einen sachlichen Gegenantrag vorgebracht hat. Aber auch dem Wesen nach ist das Versäumnisverfahren keine Sachverhandlung.

Das Versäumnisverfahren unterscheidet sich nach der UZPO. von der Sachverhandlung vor allem dadurch, dass auf Grund der letzteren das Gericht sowohl über das Bestehen als auch über das Nichtbestehen des Anspruches nicht erkannt werden kann. Das Gericht hat, wenn es dem Klagenantrag nicht entsprechend entscheiden kann, nur den Antrag auf Versäumnisurteil zurückzuweisen. Es erfolgt diese Zurückweisung mittels Bescheides, welcher die Sache nicht entscheidet, ja sogar den Prozess nicht beendet, sofern nicht der Mangel einer von Amts wegen zu berücksichtigenden Prozessvoraussetzung festgestellt werden kann, in welchem Falle das Verfahren, ähnlich wie im Falle der Zurückweisung der



Klageschrift a limine mittels Bescheid einzustellen ist.

Ein weiterer Unterschied zwischen Sachverhandlung und Versäumnisverfahren besteht insofern, als die erstere die Überzeugung des Gerichtes im Wege der Rekonstruktion des Rechtes auf Grund festgestellter Tatsachen bezweckt, während im Versäumnisverfahren das Gericht nur die prozessualen Voraussetzungen des Antrages auf Versäumnisurteil zu untersuchen hat, den tatsächlichen Grund der Klage aber nicht feststellt und seine Überzeugung über das Bestehen des Anspruches nicht kundgibt, sondern sein Urteil nur auf die Rechtsbehauptung des Klägers und auf die Versäumnis des Beklagten zu gründen hat. Es entspricht dem, dass es auch nach der UZPO., gleichwie nach der DZPO. zur Begründung der Versäumnisurteils genügt, dasselbe als solches zu bezeichnen.

Die Auffassung, dass das Gericht das Versäumnisurteil auf die Rechtsbehauptung des Klägers gründet, oder noch richtiger, dass es sich die Rechtsbehauptung des Klägers anzueignen hat, kommt in der Regel zum Ausdruck, dass der säumige Beklagte dem Klagenantrag gemäss zu verurteilen ist. Demgegenüber erscheint der Umstand, dass der Antrag des Klägers durch den Inhalt der Klage nicht begründet ist, als ein Hindernis, als eine Ausnahme von der Regel. Noch klarer kam dieser Gedanke im Entwurfe zum Ausdruck, nach welchem die Ausnahme dahin bestimmt war, dass der Klagenantrag nach dem Inhalt der Klage nicht bestehen könne. Nach dem Entwurf sollte das Gericht nur die absurde Klage, nach dem Gesetz soll es schon die unbegründete nicht feststellen. Diese Änderung berührt jedoch nicht das Wesen der Sache. Beide Fassungen fordern eine gewisse, wenn auch beschränkte *causae cognitio*. Es kommt in beiden Fassungen beiläufig der Gedanke Papinians zum Ausdruck: *quia non fraudationis causa latitat, qui si iudicium acciperet, absolvi deberet*, m. a. W., es liegt in Wahrheit kein Versäumnisfall vor. Die *causae cognitio* bezweckt nicht die Überzeugung des Gerichtes von dem Bestehen des Anspruches, sondern nur die Feststellung der Bedin-



gungen des Eintrittes der Versäumnisfolgen und ist jener ähnlich, welche bei der Erledigung des Gesuches im Mahnverfahren oder im Mandatsprozess und nach ungarischem Rechte auch des Gesuches um Anordnung der Zwangsvollstreckung stattfindet.

Mit unserm Satze, dass es im Falle der Versäumnis keine Sachverhandlung gibt, steht auch die der DZPO. entsprechende Bestimmung im schönsten Einklange, dass infolge der Berufung gegen das Versäumnisurteil vor dem Berufungsgerichte kein novum iudicium eröffnet wird und keine Fortsetzung der Sachverhandlung stattfindet, sondern dass sich die Prüfung des Berufungsgerichtes nur auf die Frage beschränkt, ob das Versäumnisurteil als solches richtig erlassen wurde (§ 477). Indem in der ersten Instanz keine Sachverhandlung stattfand, kann sie selbstverständlich auch im Berufungsverfahren nicht wieder eröffnet und fortgesetzt werden.

Es fragt sich, ist diese Folge der Versäumnis der Einlassung des Beklagten sachgemäss, ist sie durch das allgemeine Interesse begründet?

Mann kann sagen, dass, während nach römischer Auffassung dem Kläger anstatt des vom Beklagten verweigerten Prozesses die Exekution verliehen wurde, die UZPO. ihm noch etwas mehr, nämlich nicht nur einen Vollstreckungstitel, sondern auch eine urteilsmäßige Feststellung verleiht. Die römische Auffassung ist sozusagen modernisiert. Noch näher liegt aber folgendes.

Nach § 700 der DZPO. steht der Vollstreckungsbefehl des Mahnverfahrens einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich. Man kann den Satz auch umkehren und das Versäumnisurteil mit dem Vollstreckungsbefehl des Mahnverfahrens vergleichen. Wir können dabei von der vorläufigen Vollstreckbarkeit absehen, sie wird durch besondere Erwägungen bestimmt. Hinsichtlich der sog. materiellen Bedeutung, insbesondere was die Fähigkeit zur Rechtskraft anbelangt, ist der Vergleich, wie dies auch vom Reichsgericht anerkannt wurde, jedenfalls zutreffend. Der Vergleich zwischen Versäumnisverfahren und Mahnverfahren



lässt sich nun weiter verfolgen. Gelingt der Prozess nicht, so wird aus demselben ein Mahnverfahren, und wird das Mahnverfahren durch die Widerspruch des Schuldners vereitelt, so wird der Prozessweg eröffnet, und zwar nach der UZPO., welche das Mahnverfahren nur in amtsgerichtlichen Sachen zulässt, von Amts wegen.

Im Mahn- und auch im Mandatsverfahren geht der Staat wenigstens vorläufig von der Voraussetzung aus, dass das Bestehen der Forderung nicht zweifelhaft ist; es könnte ja der Staat sonst nicht zur Eröffnung eines Verfahrens gelangen, welches die Geltendmachung, die Vollstreckung der Forderung bezweckt. Der Prozessweg beruht dagegen auf Voraussetzung, dass das Bestehen der Forderung zweifelhaft ist, also vorerst einer Feststellung bedarf. Versäumt nun der hieran ausschliesslich interessierte Beklagte das Bestreiten der Forderung, so ist nachträglich der Standpunkt gerechtfertigt, welchen der Staat im Mahnverfahren im voraus einnimmt, dass nämlich die Forderung als unzweifelhaft gilt und als solche festgestellt werden kann. Es ergibt sich aus dieser Auffassung auch von selbst, dass im Falle der Versäumnis der Beklagten der Kläger mit seiner Forderung nicht rechtskräftig abgewiesen werden kann, ebensowenig wie im Mahnverfahren.

Es entspricht diese Ordnung des Versäumnisverfahrens — wie ich glaube — nicht nur dem allgemeinen Interesse, welches in der Einrichtung des Mahnverfahrens und Mandatsprozesses zum Ausdruck gelangt, sondern auch den Anforderungen des Lebens. Der Kläger kann sich gewiß nicht beschweren, wenn er im Falle der Versäumnis des Beklagten mit seiner unbegründeten Klage nicht sachlich abgewiesen wird. Er hätte ja vielleicht nach Anhörung des Beklagten sogar ein günstiges Sachurteil erlangen können. Aber auch der säumige Beklagte hat kein schutzwürdiges Interesse daran, daß der Kläger ohne sein Zutun sachlich abgewiesen werde. Seinem Interesse genügt es vollkommen, wenn sein rechtlicher Zustand durch den unbegründeten Angriff nicht verschlechtert wird. Die in der Praxis meines Wissens höchst seltenen Fälle, in welchen



den Kläger dem säumigen Beklagten gegenüber in der Sache abgewiesen wird, dürften zwar eine interessante Bestätigung der übrigens überwundenen Theorie der fiktiven Litiskontestation darbieten, eine praktische Bedeutung kommt denselben aber kaum zu.

Die Einrichtung des Verfahrens, daß es zu einer Sachverhandlung nur in dem Falle kommt, wenn sich der Beklagte auf die Sache eingelassen hat, ist jedoch nur dann zutreffend, wenn die Voraussetzung dieser Einrichtung vorhanden ist, also wenn die Sache durch das Parteiinteresse beherrscht wird. Anders in jenen Sachen, in welchen der Staat an dem Inhalt der Entscheidung unmittelbar interessiert ist. In diesen Sachen kann der Staat mit der Eröffnung des Judiziums nicht mehr so sparsam vorgehen, sondern er muß die Wahrheit der Rechtsbehauptung unabhängig vom Verhalten des Beklagten untersuchen, also insbesondere auch im Falle des Anerkenntnisses oder der Versäumnis des Beklagten. Dies ist auch der Standpunkt der UZPO., ähnlich wie der der DZPO. in Eheprozessen und Prozessen über die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, ferner in Prozessen über Entmündigung und Aufhebung der Entmündigung — für diese ist nach ungarischem Recht nur der Prozeßweg zulässig — und auch im Prozesse über Anfechtung der waisenbehördlich verfügten Aufhebung der Ausübung der väterlichen Gewalt. In allen diesen Prozessen wird die Sachverhandlung weder durch das Anerkenntnis noch durch das Versäumnis des Beklagten verhindert. Versäumt der Beklagte den Verhandlungstermin, und zwar ohne Unterschied welchen, so wird auf Antrag des Klägers zur Sache verhandelt und wird zur Fortsetzung der Verhandlung ein neuer Termin anberaumt, so ist zu demselben der säumige Beklagte von Amts wegen zu laden (§ 672). Es entfällt in diesen Verfahrensarten überhaupt die abgesonderte Prozeßaufnahmeverhandlung. Der erste Termin, dem ein Vorbereitungs-, eigentlich Untersuchungsverfahren, vor einem beauftragten Richter vorzugehen hat, wird zur mündlichen Verhandlung überhaupt angesetzt (§ 662). Freilich hat der Kläger in diesem Termin vor allem seine



Klage mündlich vorzutragen, bei sonstiger Folge der kostenpflichtigen Einstellung des Verfahrens auf Antrag des Gegners. Es erscheint dies aber hier nicht mehr als eine spezielle Folge der Versäumnis der Prozeßaufnahme. Indem der Kläger in diesen Verfahrensarten seine Klage im Laufe des Verfahrens bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurücknehmen kann, hat auch die Versäumung eines späteren Verhandlungstermins dieselbe Folge wie die des ersten Termins. Es ist das alles im wesentlichen gleich wie im Eheprozeß der DZPO. Ausdrücklich ist gestattet, daß auch die zur Klageanstellung Berechtigten, wenn sie am Prozeß teilgenommen haben, z. B. auch als Intervenienten, das eingestellte Verfahren innerhalb 15 Tage aufnehmen können (§ 672).

Wir kehren zur Prozeßaufnahmeverhandlung des allgemeinen Verfahrens zurück. Sie beginnt mit dem Vortrag der Klage (§ 178). Selbstverständlich ist dieser Vortrag prinzipiell mündlich. Das Gesetz übertreibt aber nicht die Forderung dieser Form. Erklärt der Kläger, daß er seine in der Klageschrift mitgeteilte Klage aufrechterhalte, so ist der mündliche Vortrag oder die Vorlesung der Klage nur insoweit notwendig, als das Gericht dies anordnet. Gewöhnlich ist sie nicht erforderlich und üblich im Verfahren von Gerichtshöfen, indem in diesem Verfahren die Sachverhandlung der Prozeßaufnahme nicht unmittelbar folgt. Allgemein kann ferner der mündliche Vortrag der Klage im Versäumnisverfahren entfallen. Will jedoch der Kläger vor Gericht eine von der in der Klageschrift mitgeteilten Klage abweichende Klage vortragen, so muß er dieselbe im Verfahren vor Gerichtshöfen aus einem Schriftsatze verlesen, im bezirksgerichtlichen Verfahren aber mündlich vortragen.

Der wesentliche Inhalt der Klage ist die Behauptung des Rechtes, welches der Kläger geltend machen will, und ein bestimmter Antrag. Das Gesetz fordert, wie schon der erste Entwurf vom Jahre 1885, die Individualisierung und nicht auch die Substantiierung der Klage. Die Angabe von Tatsachen ist also nur insoweit notwendig, als ohne diese die Klage nicht individualisiert werden kann. So können insbesondere Rechte



aus Schuldverhältnissen bekanntlich ohne Angabe der causa nicht individualisiert werden. Individualisierung und Begründung des Rechtes decken sich aber auch hier nicht vollkommen. Zur ersteren genügen schon die begrifflichen tatsächlichen Merkmale, letztere fordert dagegen konkrete Tatsachen; behaupte ich z. B., dass meine Frau mir die Hälfte ihres Hauses geschenkt hat, so ist die Klage individualisiert, aber noch nicht begründet, indem hierzu nach ungarischem Rechte noch die Behauptung erforderlich ist, dass diese Schenkung notariell beurkundet wurde. Das Gesetz fordert übrigens für die Bezeichnung des Rechtes keine besondere Form. Die Rechtsbehauptung ist aus dem ganzen Inhalt der Klage festzustellen. Das Recht kann also auch durch den Vortrag der rechtsbegründenden Tatsachen bezeichnet werden, welche ja zum Zwecke der Vorbereitung der Sachverhandlung und auch um ein Versäumnisurteil erlangen zu können, schon in der Klageschrift vorgetragen werden sollen. Das Gesetz will also für die Klage keine neue Form vorschreiben, sondern es bringt nur den wesentlichen, zur Begründung und zur Gültigkeit des Prozesses notwendigen Inhalt der Klage schärfer zum Ausdruck als das bisherige Recht. Auch nach diesem bestand ja das Wesen der Klage in der Rechtsbehauptung. Nur ein bestimmtes Recht kann Gegenstand des Prozesses sein, nur über dieses kann geurteilt werden und nur über dieses ist das Urteil der Rechtskraft fähig. Ob dies auch für die Feststellungsklagen gilt, kann hier unerörtert bleiben. Ist das Recht nicht bestimmt, so hatte der Prozeß auch nach bisherigem Rechte keinen Gegenstand und keinen Zweck. Die rechtsbegründenden Tatsachen gehörten dagegen ihrem Wesen nach auch im bisherigen Rechte zur Sachverhandlung, wenn sie auch durch die Eventualmaxime, in die Klage hineingezwängt wurden. Freilich wurde der Kläger unter der Herrschaft der Eventualmaxime, indem er die Klagetatsachen später nicht mehr nachholen konnte, mit seiner Klage, welche die tatsächliche Begründung nicht enthielt, in der Sache gewöhnlich abgewiesen, ebenso wie im Falle, wenn er für den gehörig angeführten Tatbestand den etwa nötigen



Beweis nicht erbrachte. Wir sehen hier ab von der prozeßleitenden Zurückweisung a limine, welche wegen mangelhafter Begründung nach ungarischem Prozeßrecht nicht stattfand. Es war übrigens auch durch die Eventualmaxime nicht ausgeschlossen, daß der Kläger auf die mangelhaft begründete Klage ein günstiges Sachurteil erhalten konnte, sofern nämlich die Eventualität der Notwendigkeit der tatsächlichen Begründung nicht eintrat, so im Falle des Anerkenntnisses oder wenn der Beklagte das Recht des Klägers zugestand, oder sogar dessen Einrederecht geltend machte, welches er nicht beweisen konnte. Die neue UZPO. stößt das Überbleibsel der Eventualmaxime in der Klage vollkommen ab und schließt die m. E. auch für die DZPO. nicht berechtigte Ansicht aus, daß unter dem Grund des Anspruches die Substantiierung zu verstehen sei. Offenbar scheint den Standpunkt der Substantiierung einzunehmen § 226 der ÖZPO., nach welchem die Klage zu enthalten hat ein bestimmtes Begehren und die kurze und vollständige Angabe der Tatsachen, auf welche sich der Anspruch des Klägers gründet. In Wahrheit ist aber auch nach der ÖZPO. der Klage wesentlich nur die Individualisierung des Anspruches, indem auch nach § 235 der ÖZPO. keine Klageänderung vorliegt, wenn die tatsächlichen Angaben der Klage ohne Änderung des Klagegrundes geändert oder ergänzt werden. Wesentlich ist also der Klagegrund, welcher nicht näher bestimmt wird, aber mit den Klagetatsachen nicht identisch sein kann.

Nach dem Vortrage der Klage und vor der Einlassung der Beklagten wird nötigenfalls über prozeßhindernde Einreden und überhaupt über die Frage verhandelt und entschieden, ob das Verfahren nicht wegen Prozeßmängel einzustellen sei. Diese natürliche Reihenfolge bildet die Regel, jedoch nicht ohne Ausnahmen. Der Regel entsprechend sind prozeßhindernde Einreden vor der Einlassung, und zwar gleichzeitig, vorzubringen. Nach der Einlassung können sie nur dann geltend gemacht werden, wenn der prozeßhindernde Umstand vom Gericht in jeder Lage des Prozesses von Amts wegen wahrzu-



nehmen ist, oder wenn der Beklagte sofort glaubhaft macht, daß er die Einrede ohne Verschulden nicht imstande war, früher geltend zu machen (§ 180). Diese Ordnung weicht nur insoweit von jener der DZPO. ab, als für die Präklusion der Einreden nicht die Verhandlung zur Hauptsache, sondern der Vortrag des sachlichen Gegenantrages maßgebend ist und daß diese Ordnung auch für das bezirksgerichtliche Verfahren gilt. Die möglichen Härten, welche sich aus derselben gegenüber der von einem Advokaten nicht vertretenen Partei ergeben könnten, werden durch die allgemeine Pflicht des Gerichtes behoben, daß das Gericht die durch einen Advokaten nicht vertretene Partei auf die Folgen ihrer Handlungen und Unterlassungen aufmerksam zu machen hat. Dieselben Bestimmungen hatte übrigens auch das G. ü. d. SV., und sie gaben zu keiner Beschwerde Anlaß.

Die prozeßhindernden Einreden sind im ganzen genommen dieselben wie nach der DZPO. Abweichend von denselben und übereinstimmend mit der ÖZPO. ist die Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen. Eigentümlich ist ferner die Behandlung der Zuständigkeit. Sowohl die sachliche Zuständigkeit — nach ungarischem Gesetze Wirkungskreis des Gerichtes — als auch die örtliche Zuständigkeit wird in jedem Falle, also auch in dem Falle, wenn sie nicht in jeder Lage der Prozesses berücksichtigt werden muß, schon bei der Erledigung der Klageschrift und auch im Prozeßaufnahmetermin von Amts wegen geprüft, und zwar die örtliche Zuständigkeit, sofern der Beklagte nicht erschienen ist, die sachliche Zuständigkeit aber, sofern keine Prorogation erfolgt (§§ 10, 50). Das Gesetz will mit dem Satze, daß der Beklagte vor einem unzuständigen Gerichte nicht zu erscheinen braucht, möglichst Ernst machen. Um die Rechtsverfolgung nicht allzusehr zu erschweren, wird jedoch die Zuständigkeit in der Regel nur auf Grund der behaupteten oder offenkundigen bzw. gerichtsbekannten Tatsachen geprüft, ausgenommen, wenn das Gesetz zur Begründung der Zuständigkeit eine Urkunde fordert, was es eben in jenen Fällen tut, in welchen ein Mißbrauch besonders befürchtet werden kann, so im Falle der vereinbarten



Zuständigkeit, der Zuständigkeit des Erfüllungsortes, des früheren Wohnsitzes, der Bestellung und der Buchführung. Ist der Beklagte nicht erschienen, so muß in diesen Fällen die Urkunde, welche in Abschrift schon der Klageschrift beizuschließen ist (§ 129), im Termin in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden (§ 443 Nr. 2).

Über prozeßhindernde Einreden ist auch im amtsgerichtlichen Verfahren sofort und von der Hauptsache abgesondert zu verhandeln und zu entscheiden (§ 181). Es gilt dies auch in dem Falle, wenn das Gericht einen prozeßhindernden Umstand von Amts wegen wahrzunehmen hat und die Parteien denselben nicht beheben (§ 183). Nur wenn der Beklagte die prozeßhindernde Einrede nach der Einlassung vorgebracht hat, kann das Gericht auf Antrage des Klägers die Verhandlung derselben mit der Sachverhandlung verbinden und die Verwerfung der Einrede im Endurteil aussprechen. Eine allgemeine Ausnahme besteht ferner im Mandatsprozesse auf Grund von Wechseln, kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen und von Schecks, in welchem der Beklagte auf Grund prozeßhindernder Einreden die Einlassung und die Sachverhandlung nicht verweigern, das Gericht aber die gesonderte Verhandlung der prozeßhindernden Einreden auch von Amts wegen anordnen kann (§ 617).

Auf Grund der Verhandlung ist über prozeßhindernde Einrede anders wie nach bisherigem Rechte und nach der ÖZPO. in der Regel durch Urteil zu entscheiden (§ 181). Das Gesetz will in diesen möglicherweise bedeutsamen Fragen den Weg der Berufung und mit gewissen Beschränkungen auch den der Revision zulassen. Eine Ausnahme besteht jedoch für das bezirksgerichtliche Verfahren und allgemein auch für das Berufungsverfahren insofern, als in diesen Verfahren die Verwerfung der prozeßhindernden Einreden durch Bescheid erfolgt. Der Grund der Ausnahme ist, daß in diesen Verfahren gegen die Verwerfung der vorgebrachten Einrede kein abgesondertes Rechtsmittel zulässig ist, sondern die Anfechtung des Bescheides nur in der Berufung bzw. Revision gegen



das Urteil in der Sache geltend gemacht werden kann. Selbstverständlich ist es demgemäß auch, daß nach Verwerfung der prozeßhindernden Einreden das Verfahren der Bezirksgerichten stets sofort fortzusetzen ist. Aber auch im Verfahren vor Gerichtshöfen hat das Gericht auf Antrag des Klägers die Fortsetzung des Verfahrens, ohne Rücksicht auf die Rechtskraft des verwerfenden Urteils, anzuordnen. Ich bemerke hier noch, dass nach der UZPO. eine Verweisung der Sache im Falle der Unzuständigkeit an das zuständige Gericht nicht stattfindet. Sie war nach der ZPO. vom Jahre 1868 zulässig, erwies sich aber als wenig praktisch und wurde schon durch die ZP.-Novelle vom Jahre 1881 abgeschafft. Einen Ersatz für die Verweisung bietet die neue ZPO. insofern, als im Falle der Einstellung des Verfahrens und auch der Zurücknahme der Klage die privatrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit aufrechterhalten bleiben, wenn der Kläger seinen Anspruch binnen 30 Tagen ordnungsmäßig geltend macht (§ 184).

Die Einlassung des Beklagten (§ 185) erfolgt im Verfahren vor Gerichtshöfen durch die Verlesung des Gegenantrages aus einem Schriftsatze, welcher dem Verhandlungsprotokoll beizuschließen ist. Im bezirksgerichtlichen Verfahren ist der Gegenantrag im Protokoll festzustellen. Es sollen die Grundlagen der Sachverhandlung, die Klage und der Gegenantrag in fester Form vorliegen.

Mit der Einlassung des Beklagten ist die Notwendigkeit der Sachverhandlung begründet. Es kann nunmehr auch der Beklagte fordern, daß über die Klage, und zwar eben über die erhobene Klage, entschieden werde. Der Kläger ist an seine Klage gebunden und darf sie weder einseitig zurücknehmen noch einseitig ändern (§§ 187, 188). Beides ist in der neuen ZPO. wie schon im bisherigen Rechte gleichmäßig und aus demselben Grundgedanken geregelt. Was insbesondere die Klageänderung betrifft, so ist sie begrifflich die Änderung des in der Klage behaupteten individualisierten Rechtes. Selbstverständlich liegt also keine Klageänderung vor, wenn nur neue Tatsachen vorgebracht oder die vorgebrachten be-



richtigt werden. Ausserdem werden im Gesetze Fälle angeführt, in welchen die Änderung nicht als Klageänderung anzusehen ist. Ausser den in der DZPO. angeführten Fällen ist es insbesondere nicht als eine Änderung der Klage anzusehen, wenn die wegen wiederkehrender, von einer Gegenleistung nicht abhängiger Leistungen oder die wegen Miet- oder Pachtzins erhobene Klage auf die im Laufe des Prozesses fällig gewordenen Leistungen erweitert wird, ferner — ausdrücklich — wenn anstatt der Feststellung Leistung oder umgekehrt beantragt wird.

Nicht aufgenommen ist dagegen in der UZPO. die Bestimmung, daß das Gericht die Klageänderung auch dann zulassen kann, wenn durch die Änderung der Klage die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. Das Gesetz will dem praktischen Bedürfnis auf einem anderen Wege entsprechen, indem es die Möglichkeit der Erhebung einer neuen Klage im Laufe der Verhandlung erweitert, einer Möglichkeit, welche für die Widerklage und die Inzidentfeststellungsklage und Widerklage auch nach der DZPO. eröffnet ist. Der Kläger kann eine neue Klage auch dann erheben, wenn ihr Gegenstand derselbe ist wie jener der früheren Klage, oder wenn sie mit der früheren zusammenhängt. In diesem Umfange ist auch die Widerklage zulässig und ausserdem auch in dem Falle, wenn der Anspruch als Verteidigung gegen die Klage geltend gemacht werden könnte. Zulässig ist auch die Erstreckung der Klage auf Personen, gegen welche über das geltend gemachte Recht nur einheitlich entschieden werden kann (§ 189).

Über die im Laufe der Verhandlung erhobene Klage kann das Gericht, wenn die Gegenpartei anwesend ist, sofort die Prozeßausnahmeverhandlung und fortsetzungsweise auch die Sachverhandlung abhalten (§ 190). Im Sinne des Gesetzes liegt es, daß das Ergebnis der früheren Verhandlung in allen diesen Fällen für die neue Klage benutzt werden kann.

Im bezirksgerichtlichen Verfahren, in welchem nach der UZPO. eine Vorbereitung der Sach-



verhandlung durch Mitteilung von Schriftsätzen nicht stattfindet, folgt der Prozeßaufnahme die Sachverhandlung in der Regel unmittelbar. Das Gericht hat jedoch auf einverständlichen Antrag beider Parteien zur Sachverhandlung einen neuen Termin mit einer den Umständen angemessenen Zwischenfrist zu bestimmen (§ 191). Es ist das zugleich eine Ausnahme von der allgemeinen Regel (§ 239), nach welcher eine Vertagung der begonnenen Verhandlung auf Grund bloß des Einverständnisses der Parteien nicht zulässig ist. Auch kann das Gericht auf einseitigen Antrag oder von Amts wegen einen neuen Termin zur Sachverhandlung anberaumen, jedoch nur dann, wenn sämtliche erschienene Parteien bzw. ihre Vertreter am Sitze des Gerichtes wohnen.

Es sollen diese gesetzlichen Bestimmungen die Ansetzung eines nahen Termines für die Prozeßaufnahmeverhandlung und die rasche Erledigung der Sachen, welche keiner Sachverhandlung bedürfen, ermöglichen. Dieser Gedanke wird in der Geschäftsordnung für die Bezirksgerichte weiter ausgeführt. Es sollen nämlich nach der Geschäftsordnung die Termine in der Regel für alle in einem gewissen Zeitraume eingelangten Klageschriften auf einen Tag, sog. Massentag, anberaumt werden. Die Erledigung der Sache auf Grund von Versäumnis, Zurücknahme der Klage, Anerkenntnis, Verzicht oder Vergleich erfolgt an diesem Massentage zentral, durch einen Richter. Erfordert die Erledigung der Sache eine Verhandlung, wenn auch nur über prozeßhindernde Einreden, so wird die Sache an die durch die Geschäftseinteilung oder den Leiter des Gerichtes bestimmten Richter gewiesen. Diese haben ihre Termine so einzuteilen, daß sie an den Massentagen die sofortige Verhandlung der ihnen zugewiesenen Sachen beginnen können.

Im Verfahren vor Gerichtshöfen ist in der Regel nach der Einlassung des Beklagten für die Sachverhandlung ein besonderer Termin mit einer Zwischenfrist von beiläufig 30 Tagen anzuberaumen. Das Gericht kann jedoch mit Einverständnis beider



Parteien und in dringenden Fällen auch auf einseitigen Antrag die Zwischenfrist abkürzen, ja, die Sachverhandlung auch noch im Termin der Prozeßaufnahme vornehmen (§ 191). Zur Beschleunigung des Verfahrens und gegen Missbrauch dient es ferner, dass das Gericht im Falle, wenn die Verhandlung der prozesshindernden Einreden auf längere Zeit vertagt werden muss, den Termin zur Fortsetzung dieser Verhandlung zugleich zur Sachverhandlung ansetzen kann (§ 181). Desgleichen ist in dem Falle, wenn die Fortsetzung der Verhandlung zur Prozessaufnahme nach der Rechtskraft der Abweisung der prozesshindernden Einreden angeordnet wird, der Termin stets zugleich zur Sachverhandlung anzuberaumen (§ 192), und dasselbe gilt auch dann, wenn gegen das Versäumnisurteil Einspruch erhoben wurde (§ 464). In der Einspruchsschrift ist auch die Sachverhandlung vorzubereiten (§ 462).

In die Verhandlungszwischenfrist fällt im Verfahren vor Gerichtshöfen die Vorbereitung der Sachverhandlung durch Schriftsätze (§§ 194—205). Hat der Kläger in der Klageschrift die Vorbereitung unterlassen, so hat er diese binnen 3 Tagen nachzuholen. Im übrigen ist der Inhalt, die die Bedeutung und die Mitteilung der vorbereitenden Schriftsätze im ganzen genommen der DZPO. entsprechend geregelt. Ähnlich der ÖZPO. kann der Vorsitzende auf Grund der vorbereitenden Schriftsätze auch gewisse Verfügungen treffen, welche der Beendigung der Verhandlung dienlich sind.

Es fragt sich nun, ob diese Ordnung des Verfahrens auch praktisch ist.

Die Vorteile, welche sie darbietet, sind folgende :

Indem die Prozessaufnahmeverhandlung ausser der Klageschrift keiner weiteren Vorbereitung durch Schriftsätze bedarf und indem sie gewöhnlich nur wenig Zeit beansprucht, kann für dieselbe der Termin mit einer kurzen Zwischenfrist angesetzt werden. Nach dem Gesetze beträgt die Einlassungsfrist, welche in dringenden Fällen vom Vorsitzenden auch abgekürzt werden kann, mindestens 8 Tage, wenn die Zustellung der Ladung an den



Beklagten am Sitze des Gerichtshofes erfolgt, und mindestens 15 Tage, wenn die Zustellung ausserhalb desselben im Inlande erfolgt. Diese Fristen können eingehalten werden und werden auch gewöhnlich tatsächlich eingehalten. Der Kläger kann also in kurzer Zeit ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil oder die Erledigung der Sache durch Vergleich erhalten. Auch können prozesshindernde Einreden rasch erledigt werden, und es kann der Beklagte durch das Vorbringen solcher das Verfahren kaum verzögern. Tatsächlich sollen, wie ich höre, prozesshindernde Einreden selten vorkommen. Indem sich ferner der Beklagte schon im ersten Termin durch einen Advokaten vertreten lassen muss, so fällt der Grund weg, aus welchem die erste Verhandlung oft vertagt wird, nämlich, dass der Advokat des Beklagten erst im letzten Augenblick beauftragt wurde und somit die Verhandlung nicht durch Schriftsätze vorbereiten konnte. Jedenfalls ökonomisch ist es auch, dass eine Frist für das vorbereitende Verfahren nur dort eröffnet wird, wo eine solche in der Tat notwendig ist.

Für das Gericht bietet diese Ordnung des Verfahrens die Möglichkeit dar, dass es seine Arbeitszeit zweckmässig einteilen kann. Es findet schon im ersten Termin eine Auswahl der Sachen statt. Es entfallen nicht nur die Sachen, welche überhaupt keiner Sachverhandlung bedürfen, sondern das Gericht erlangt auch in Bezug auf jene Sachen, in welchen es zur Sachverhandlung kommt, im Prozessaufnahmetermin eine gewisse Übersicht hinsichtlich der möglichen Dauer der Sachverhandlung und kann also die Verhandlungen auf die Sitzungstage so einteilen, dass es voraussichtlich gleichmässig beschäftigt sei. Es wird das bei dieser Ordnung nicht so leicht vorkommen, dass das Gericht manchmal sämtliche angesetzte Sachen in einer Stunde erledigt, das andere Mal aber während der Sitzungszeit nur einige der Sachen bewältigen kann, den überwiegenden Teil derselben aber von Amts wegen vertagen muss. Es hat also diese Ordnung auch gewisse Vorteile des Rollensystems für sich, ohne dessen Nachteile.



Der einzige Einwand, welcher gegen diese Ordnung mit einer gewissen Berechtigung erhoben werden kann, ist, dass die Zahl der Termine um einen vermehrt wird, welcher erübrigt werden könnte, indem ja die Parteien ihre Streitabsicht auch im Termin der Sachverhandlung erklären könnten. Hierauf lässt sich aber m. E. erwidern, dass nach der Erfahrung der erste Termin in einer grossen Zahl der Sachen vertagt wird und wegen ungenügender Vorbereitung der Sache vertagt werden muss. Insbesondere infolge dieser Vertagungen muss sodann das Gericht mit dem ersten Termin immer mehr hinausrücken, so dass schliesslich der erste Termin von der Ladung gerechnet kaum näher angesetzt wird als bei der Einschaltung des Prozessaufnahmetermins der Termin zur Sachverhandlung. Es entfallen dabei jedoch die Vorteile des kurzen Prozessaufnahmetermins, in welchem übrigens die Verhandlung zur Sache ebenfalls nicht ausgeschlossen ist, wenn sie auch nach den bisherigen Erfahrungen tatsächlich nur vereinzelt vorkommt. Kurz, man kann sagen, dass die Zäsur der Verhandlung eine Selbstkorrektur des Verfahrens bewirkt. Freilich hängt für das Ergebnis auch vieles davon ab, wie das Gesetz gehandhabt wird und ob insbesondere die im Gesetze vorgesehene Sachverhandlungszwischenfrist der Absicht des Gesetzes entsprechend eingehalten wird. Bislang gibt die Praxis meines Wissens diesbezüglich zu keiner Klage Anlass. Der Termin zur Sachverhandlung wird allgemein mit einer Frist von 4 oder 5 bis höchstens 8 Wochen angesetzt.

Was die Sachverhandlung anbelangt, gestaltet sich diese in ihren Grundzügen gleich wie nach der DZPO., wenn auch die UZPO. insbesondere was das Beweisrecht anbelangt, aber auch sonst manche mehr oder weniger erhebliche Eigentümlichkeiten aufweist. Ich will unter anderem nur die Beschränkung der Vertagung der Verhandlungen, die Zurückweisung des absichtlich verzögerten neuen Vorbringens von Amts wegen und das Lügenverbot erwähnen. Auch in Bezug auf die Durchführung der Mündlichkeit lassen sich einzelne Verschiedenheiten herausfinden. Diese Verschiedenheiten sind jedoch für den



Bau des Prozesses nicht gestaltend, und so wollen wir auf dieselben auch in der Zeit beschränkt nicht näher eingehen.

Gestatten Sie mir jedoch, daß ich meinen Vortrag mit der Anführung einiger Daten in Bezug auf die Dauer der Prozesse nach der neuen ZPO. schließe. Im Jahre 1915, dem ersten Jahre der Geltung der neuen ZPO., war die Dauer der bei den Bezirksgerichten auf Grund kontradiktorischer Verhandlung erledigten Prozesse in 83,04 % unter 3 Monaten, in 10,14 % zwischen 3 und 6 Monaten, in 4,54 % zwischen 6 Monaten und einem Jahr und in 2,28 % über ein Jahr. In diesen Sachen sind auch die vor dem 1. Jänner begonnenen Prozesse enthalten, die mit geringen Ausnahmen ebenfalls nach der neuen ZPO. verhandelt werden. Von den bei den Gerichtshöfen im Jahre 1915 nach dem neuen Verfahren meritorisch erledigten Prozessen wurden 88 % innerhalb 6 Monate und 12 % zwischen 6 Monaten und einem Jahre beendet. In diesen Sachen sind die vor dem 1. Jänner begonnenen Prozesse, auf welche das alte Verfahren angewendet wird, nicht enthalten. Diese Daten, welche den Ausweisen über die Geschäftstätigkeit der Gerichte entnommen sind, ergeben freilich nur den Prozentsatz der Dauer der im Jahre 1915 erledigten Prozesse und bieten keine volle Übersicht über die Dauer der Prozesse überhaupt. Es gilt dies insbesondere für die bei den Gerichtshöfen im Jahre 1915 begonnenen Prozesse. Auch leben wir im Kriege. Die Zahl der Prozesse ist bedeutend zurückgegangen. Ein großer Teil der Prozesse ruht. Die Richter und Advokaten haben, obzwar auch ihre Zahl infolge der Einberufungen zum Kriegsdienst gemindert erscheint, nicht die volle Geschäftslast zu tragen. Möglich, daß sich die Dauer der Prozesse später weniger günstig gestaltet. Immerhin bezeugen diese Daten, daß die Einrichtung des Prozesses der Beschleunigung des Verfahrens zuträglich ist.



## XVII.

### DIE REVISION IM UNGARISCHEN ZIVIL- PROZESS.\*

Das Rechtsmittel dritter Instanz ist auch nach der UZPO. die Revision. Sie wurde der Revision der DZPO. nachgebildet, jedoch mit drei erheblichen Abweichungen. Es sollen hier nur diese Abweichungen behandelt werden.

I. Schon der erste Entwurf der UZPO. v. J. 1885 gestattet die Revision auch in bezirksgerichtlichen (amtsgerichtlichen) Sachen gegen die Urteile der Kön. Gerichtshöfe (Landgerichte) als Berufungsgerichte, u. zw. ohne jede Wertbeschränkung an das oberste Gericht, d. i. an die Kön. Kurie. Der Entw. des Gesetzes über das summarische (bezirksgerichtliche) Verfahren (G. A. XVIII. v. J. 1893), der die Einführung der obligatorischen Mündlichkeit in das Verfahren vor den Bezirksgerichten bezweckte, behielt zwar noch im Interesse der Wahrung der Rechtseinheit die Revisionsgerichtsbarkeit der Kön. Kurie bei, setzte aber, um diese vor Ueberlastung zu schützen, eine Revisionssumme von 200 Gulden (400 Kr.) fest. Bei der Beratung des Entwurfs wurde dann um die Kurie noch mehr zu entlasten die Revisionsgerichtsbarkeit in Sachen, deren Wert 1000 Kronen nicht übersteigt, den

\* Megjelent a Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht XII. évfolyamának 1923. évi szeptember havában kiadott 4. füzetében (Adolf Wach zum 80. Geburtstag).



Kön. Tafeln (Oberlandesgerichten) zugewiesen<sup>1)</sup>. Daß die Gerichtshöfe als Berufungsgerichte nicht in allen bezirksgerichtlichen Sachen in letzter Instanz entscheiden können, wurde mit Rücksicht auf die hohe — mit gewissen Ausnahmen mit 1000 Kr. bestimmte — Wertgrenze des Wirkungskreises der Bezirksgerichte und den weiten Umfang der ohne Wertgrenze den Bezirksgerichten zugewiesenen Sachen für selbstverständlich erachtet. Die ZPO. schloß sich im wesentlichen dem Ges. ü. d. SV. an und erhöhte nur die Revisionssumme von 400 auf 500, und jene von 1000 auf 2500 Kr., d. i. auf die Wertgrenze der durch die ZPO. den Bezirksgerichten zugewiesenen Sachen. Außerdem wurden noch gewisse Sachen von der allgemeinen Wertgrenze von 500 Kr. ausgenommen und schon dann für revisibel erklärt, wenn ihr Wert 100 Kr. übersteigt, insbesondere die Streitigkeiten aus dem Verhältnis der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft, ferner Schadenersatzprozesse wegen Verletzung von Patent-, Marken- und gewerblichem Musterschutz. Infolge der Entwertung unseres Geldes ist die Wertgrenze derzeit von 100 Kr. auf 20 000, von 500 auf 100 000 und von 2500 auf 500 000 Kr. erhöht<sup>2)</sup>.

Urteile der Kön. Tafeln als Berufungsgerichte sind nach der UZPO. ohne Rücksicht auf den Wert des Prozeßgegenstandes revisibel.

Wenn die Revision der DZPO. nicht nur der Rechtseinheit dient, sondern auch der konkreten gerechten Rechtsprechung<sup>3)</sup>, so ist die Revision der UZPO. zu einem erheblichen Teile nur in den alleinigen Dienst der letzteren gestellt. Immerhin wurde aber das Interesse der Wahrung der Rechtseinheit auch bei der Normierung der Revision der UZPO. berücksichtigt. Insbesondere war auch

<sup>1)</sup> In Bagatellsachen (bei 100 K.) wurden auch die Kön. Gerichtshöfe mit einer Revision betraut, diese Revision wurde von der ZPO. mit einer Berufung ohne mündliche Verhandlung vertauscht.

<sup>2)</sup> Alle diese Wertgrenzen werden nach dem Werte des Streitgegenstandes und nicht nach dem des Beschwerdegegenstandes berechnet.

<sup>3)</sup> Wach, Vorträge 2. Aufl. 285.



dieses Interesse maßgebend, als man die Revision durch die Kurie in bezirksgerichtlichen Sachen über eine gewisse Wertgrenze zuließ. Es sollte dadurch die führende Rolle des Obersten Gerichtshofes auch in der Rechtsprechung über jene Rechtsverhältnisse ermöglicht werden, die ohne Rücksicht auf den Wert des Prozeßgegenstandes in erster Instanz ausschließlich der Beurteilung des Bezirksgerichtes unterliegen.

II. Das Revisionsverfahren der UZPO. ist wesentlich schriftlich. Schon der Entw. v. J. 1885 hatte sich die auch von Wach in seinen Vorträgen<sup>4)</sup> vertretene Ansicht angeeignet, daß das sog. Prinzip der Mündlichkeit mit der ganzen Konstruktion der Revision nichts zu tun hat, indem das Revisionsverfahren keine Stoffsammlung ist. Diese Ansicht entspricht auch der Grundauffassung von Mündlichkeit,<sup>5)</sup> welche die Vorarbeiten und auch die ZPO. beherrscht, nämlich, daß die Mündlichkeit in erster Reihe die Form für die Stoffsammlung ist. Der Tatbestand soll in freier mündlicher Verhandlung bei Mitwirkung des Gerichtes ermittelt werden, um auf diesem Wege einen möglichst einfachen, vollständigen und wahren Tatbestand herzustellen. Dementsprechend wird die Mündlichkeit für diesen Zweck als bestimmend obligatorisch vorgeschrieben. Der in der mündlichen Verhandlung oder auch sonst durch Beweisaufnahme oder zulässigerweise vor dem beauftragten oder ersuchten Richter gesammelte Prozeßstoff behält sodann seine Wirksamkeit auch im weiteren Verlauf des Verfahrens. Ausdrücklich anerkannt ist dies für den Fall der Wiederholung der Verhandlung wegen Richterwechsels (§ 242) und für den Fall der Versäumung der Forsetzung der meritorischen Verhandlung (§ 445) usw. Nach § 250 ist der Inhalt des Verhandlungsprotokolls, sowie der vor dem beauftragten oder ersuchten Richter aufgenommenen Protokolle und deren Anlagen von Amts wegen zu berücksichtigen. Dasselbe gilt ins-

<sup>4)</sup> 1. Aufl. 215, 216.

<sup>5)</sup> Auch diese entspricht der Lehre Wach's, Vorträge 1. Aufl. 5—11.



besondere auch im Berufungsverfahren für den Inhalt der Akten des Gerichtes erster Instanz (§ 497). Für diesen schon ermittelten Prozeßstoff handelt es sich nur um die Kenntnisnahme desselben durch das erkennende Gericht. Ob diese Kenntnisnahme durch Parteireferat oder durch Richterreferat vermittelt werden soll, ist eine Frage für sich, die nach besonderen Zweckmäßigkeitserwägungen zu lösen ist. Die UZPO. wählt für den Fall, daß das Referat in einer auch zur Ermittlung des Sachverhaltes bestimmten obligatorisch mündlichen Verhandlung erfolgt hat, das Parteireferat mit richterlicher Kontrolle und nötigenfalls auch Ersatz durch Verlesung der bezüglichen Akten. So z. B. wenn das Ergebnis einer kommissarischen Beweisaufnahme (§ 285) oder im mündlichen Berufungsverfahren das angefochtene Urteil und das Ergebnis der erstinstanzlichen Verhandlung dem erkennenden Gerichte vorgetragen werden soll (§ 497). Handelt es sich dagegen im wesentlichen nur allein um die Mitteilung des schon fertigen Tatbestandes, wie im Revisionsverfahren<sup>6)</sup>, so wählt das Gesetz das Richterreferat in der Regel mit Parteikontrolle. Indem das Gericht den gesammelten Prozeßstoff auch Kenntnis verschaffen muß, wäre das obligatorische Mitwirken der Parteien nur eine unnötige Belastung derselben, die mit Versäumnisfolgen nicht wohl erzwungen werden kann. Die Pflicht zum Erscheinen und Handeln bei der Verhandlung der Revision könnte also den Parteien nur zum Zwecke des mündlichen Vortrages und der Angabe des Grundes des Revisionsantrages und eventuell des Anschlußantrages auferlegt werden. Die Mündlichkeit dieser Vorträge kann

<sup>6)</sup> Außerdem im Berufungsverfahren im Wege öffentlichen Vortrages, ohne mündliche Verhandlung (§§ 512—519), das auf Wunsch des Berufungsklägers, wenn der Berufungsbeklagte nicht widerspricht, ferner in den gesetzlich bestimmten Fällen, die wesentlich Revisionsfälle sind, ferner in bezirksger. Sachen im Werte von nicht über 100 (jetzt 100.000) K. stattfindet. Das Berufungsgericht kann in diesen Fällen, wenn die Ermittlung eines Tatbestandes notwendig erscheint, die mündliche Verhandlung anordnen (§ 517). Das Nähere kann hier nicht ausgeführt werden.



aber gewiß nicht als eine Voraussetzung der gerechten Entscheidung angesehen werden.

Die Form des Revisions- und Anschlußantrages ist demnach die bestimmend schriftliche. Es können diese Anträge in der mündlichen Verhandlung weder abgeändert, noch erweitert werden. (§ 533). Dasselbe gilt auch für die Anführung des Grundes der Revision, sofern nämlich diese das Revisionsgericht bindet. Auch neue Tatsachen und Beweise müssen, wenn sie überhaupt zulässig sind, schriftlich vorgetragen werden (§ 535). Es wird zwar zur mündlichen Verhandlung der Revision ein Termin anberaumt (§ 530), das Nichterscheinen der Parteien oder einer derselben hindert aber die Erledigung der Revision nicht und bewirkt auch keine Versäumnisfolgen (§ 538). Die Verhandlung beginnt mit dem Vortrag des Berichterstatters, nach welchem die Parteien ihre Anträge mündlich begründen können (§ 532).

Abweichend vom RE. v. J. 1902 wurde auch diese sog. fakultative Mündlichkeit in bezirksgerichtlichen Sachen ausgeschlossen, deren Wert 1000 (jetzt 200 000) Kr. nicht übersteigt. Die Erledigung der Revision erfolgt in diesem Falle in einer der Parteien durch Aushang mitgeteilten öffentlichen Sitzung auf Grund des Vortrages des Berichterstatters, nach welchem die Parteien das Wort nicht ergreifen können (§ 575).<sup>7)</sup> Auch kann nach § 529, wie jetzt auch nach § 554a der DZPO., das Revisionsgericht die Revision wegen Unstatthaftigkeit, Verspätung und Mangel der Formalien, wenn der Mangel nicht behoben werden kann, in geschlossener Sitzung ohne Gehör der Parteien zurückweisen. Dagegen gibt § 575 der bestimmenden Mündlichkeit — wenn auch nur eventuell und im engen Kreise — Raum. Es kann nämlich die Partei das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweise, die in der Frage, ob ein von Amts wegen zu berücksichtigender Umstand vorliegt, oder ob eine Verfahrensregel unrichtig angewendet oder nicht angewendet wurde, zulässig ist,

<sup>7)</sup> Vorbildlich war hierfür das Revisionsverfahren im summ. Verfahren vor den Kön, Gerichtshöfen, s. oben N. 1.



noch in der mündlichen Verhandlung nachholen, wenn sie glaubhaft macht, daß sie diese in ihrem Schriftsatze ohne ihr Verschulden nicht geltend machen konnte.

III. Die dritte bedeutungsvolle Verschiedenheit der Revision der UZPO. von jener der DZPO. betrifft den Revisionsgrund. Noch der Regierungsentwurf v. J. 1902 enthielt im § 530 die Bestimmung, daß die Revision nur aus dem Grunde beantragt werden kann, daß eine Rechtsnorm im Urteil des Berufungsgerichtes oder in dem Verfahren, das demselben zugrunde lag, unrichtig angewendet oder nicht angewendet wurde. Wesentlich dieselbe Bestimmung hatten auch die früheren Entwürfe und auch das G. ü. d. SV., welch letzteres auch in der Fassung der DZPO. insofern am nächsten stand, als es neben der unrichtigen Anwendung und Nichtanwendung der materiellen Rechtsnormen und der wesentlichen, die Entscheidung beeinflussenden Verfahrensregeln, auch die beim Berufungsverfahren taxativ angeführten Aufhebungsgründe (ähnlich dem § 551 der DZPO.) als unbedingte Revisionsgründe bezeichnete. Bei der Beratung des Entwurfes im Justizausschusse des Abgeordnetenhauses im Jahre 1903 wurde die Beschränkung der Revision auf die Rechtsfrage fast allseitig zu eng befunden<sup>8)</sup>. Man berief sich auf die Erfahrungen der Praxis des summ. Verfahrens, insbesondere auf das Bestreben, nicht nur der Parteien, sondern auch der Revisionsgerichte die Grenzen der Revision zu erweitern. War das Revisionsgericht von der Unrichtigkeit des Urteils des Berufungsgerichtes überzeugt, so wurde der Grund der Unrichtigkeit nicht selten zur Rechtsfrage gestempelt. Dieses Bestreben führte bei der Verschiedenheit der Fälle und der Auffassung der Revisionsgerichte zu einer schwankenden Praxis, jedenfalls wies es aber darauf hin, daß die Beschränkung der

<sup>8)</sup> Der Revisionsgrund des Entwurfes wurde auch von Wach beanstandet. Der Entw. der UZPO. Gruchots Beitr. 46. S. 491. „Jedes nur auf die Beantwortung der Rechtsfrage im Gegensatz zur Tatfrage und doch auf die Entscheidung des konkreten Falles abgestellte Rechtsmittel hat etwas unnatürliches“. Für die Erweiterung der Revision Wach Vorträge, 2. Aufl. 289.



Revision auf die Rechtsfrage den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht entspricht. Es wurde demnach der Wunsch geäußert, die Regierung möge behufs möglicher Ausdehnung der Revision einen Vorschlag verfassen. Der in der nächsten Sitzung des Ausschusses eingebrachte Vorschlag der Regierung wurde sodann vom Ausschuß fast unverändert angenommen. Das Wesen dieses Vorschlages bestand darin, daß die Revisibilität nicht positiv, sondern negativ zu bestimmen sei, m. a. W., daß nicht das zu bestimmen sei, was revisibel ist, sondern das, was nicht überprüft werden darf. Dementsprechend wurde der § 530 des RE., der nur die Rechtsfrage für revisibel erklärte, gestrichen. Schon infolge dieser Streichung wären die Grenzen der Revision durch den § 539 des RE. nur negativ bestimmt gewesen, indem dieser Paragraph in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem damaligen § 561 der DZPO. den in dem Urteile des Berufungsgerichts festgestellten Tatbestand im Revisionsverfahren für maßgebend erklärte und die Anfechtung dieses Tatbestandes — abgesehen von dem Falle, daß ausnahmsweise neue Tatsachen und Beweise vorgebracht werden können (§ 550) — nur dann gestattete, wenn unter Verletzung einer Rechtsnorm Tatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen waren. Die Regierung fand es aber tunlich, auch die Anfechtbarkeit des festgestellten Tatbestandes einigermaßen zu erweitern und wollte auch den Paragraph durch die Unterscheidung des im Urteil dargestellten Tatbestandes von der Feststellung von Tatsachen klären<sup>9)</sup> und schlug dementsprechend eine neue Fassung des § 539 vor, welcher im Gesetze als § 534 folgendermaßen lautet:

„Das Revisionsgericht überprüft das Urteil des Berufungsgerichtes auf Grund des in demselben dargestellten Tatbestandes.

Die Anfechtung des im Urteil des Berufungsgerichtes dargestellten Tatbestandes kann nur dann berücksichtigt

<sup>9)</sup> Aehnlich auch die Novelle v. J. 1910 in der neuen Fassung des § 561 der DZPO.



werden, wenn die Partei die Anfechtung in der Revisionschrift bzw. in der Beantwortungsschrift ausdrücklich geltend gemacht hat. Gegen den im Urteil dargestellten Tatbestand können als Beweismittel nur das Verhandlungsprotokoll und dessen Anlagen benützt werden.

Die Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung kann nur aus dem Grunde überprüft werden, daß die Feststellung mit unrichtiger Anwendung oder Nichtanwendung einer Rechtsnorm oder mit offenbar unrichtiger tatsächlicher Schlußfolgerung erfolgt ist, oder mit dem Inhalte der Akten im Widerspruch steht.

Einen Tatbestand kann das Revisionsgericht außer den Fällen der §§. 535. und 537<sup>10)</sup> auf Grund einer Beweiswürdigung oder einer<sup>11)</sup> Verhandlung nicht feststellen.“

Durch diese Konstruktion sind vorerst alle Fragen, die nicht ausgenommen sind, der Prüfung durch das Revisionsgericht zugänglich gemacht. Ausgenommen ist aber nur die Frage der Wahrheit oder Unwahrheit der festgestellten tatsächlichen Behauptungen, jedoch auch diese nur in der Regel. Der Ausdruck: die „Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung“ wird auch im § 270, der von der Beweiswürdigung handelt, gebraucht und bezeichnet dort das Beweisthema<sup>12)</sup>. Es weist das darauf hin, daß unter der tatsächlichen Behauptung auch hier eine Behauptung zu verstehen ist, die Gegenstand eines Beweises sein kann, also die Behauptung einer nackten Tatsache, losgelöst von ihrer juristischen Qualifikation. Alles was nicht eine Feststellung einer Tatsache in diesem Sinne ist, kann überprüft werden. Revisibel ist also nicht nur die Rechtsfrage, sondern auch die Feststellung von Erfahrungssätzen, ohne Rücksicht darauf, ob der Erfahrungssatz als Bestandteil einer Rechtsfrage qualifiziert

<sup>10)</sup> Ueber die Fälle § 535 S. oben II a. E. Der § 537 handelt von der Beweisaufnahme auch in der Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der Aufnahme des Verfahrens im Falle der Unterbrechung oder Aussetzung.

<sup>11)</sup> Im Regierungsvorschlag stand hier noch das Wort: neuern.

<sup>12)</sup> So auch die Nov. v. J. 1910 im § 561 Abs. 2 und § 286 der DZPO.



werden kann. Revisibel ist auch die vom richterlichen Ermessen abhängige Festsetzung des Betrages einer Unterhalts- oder anderen Forderung. Unzweifelhaft revisibel ist ferner die Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Ausnahmsweise ist aber auch die Feststellung von Tatsachen revisibel. Der §. 534 gestattet die Revision der Festsetzung nicht nur auf Grund der Verletzung des Gesetzes, sondern auch auf Grund der Aktenwidrigkeit, — was ja auch dem Begriffe der Gesetzesverletzung unterstellt werden kann — und insbesondere auch im Falle offenbar unrichtiger Schlußfolgerung, und zwar sowohl aus Indizien und überhaupt Tatsachen wie auch aus Beweisgründen. Eine verschiedene Behandlung dieser Fälle wäre im Sinne des Gesetzes schon um deswillen nicht zulässig, weil Tatsachen die eine begründete Schlußfolgerung auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung zulassen, nach §. 273. der ZPO. als Beweisgründe gelten. Gewiß ist die offenbar unrichtige Schlußfolgerung ein dehnbarer Anfechtungsgrund, welcher dem richterlichen Ermessen einen weiten Raum gestattet. Es schien aber aus dem Gesichtspunkte eines Rechtsmittels, das in erster Reiche die gerechte Entscheidung der Sache bezweckt, unmöglich, daß der Richter, der die Gesetzesverletzung in weitestem Sinne heilen kann, der Verletzung des gesunden Menschenverstandes gegenüber blind und machtlos bleiben soll. Man wollte den Richter nicht zwingen, entweder seiner Ueberzeugung oder dem Gesetze Gewalt antun zu müssen, was ja wie die Erfahrung zeigte, auch zu einer schwankenden Praxis führte. Auch glaubte man, den höchsten und hohen Gerichten, welche die Revision handhaben, ein größeres Maß des Ermessens zutrauen zu können, damit sie ohne Umwege Hilfe leisten können, wo dies nötig erscheint.

Gewiß kann der Gewinn, welcher sich aus der neuen Ordnung ergibt, nicht allzu hoch angeschlagen werden; es läßt sich ja auch durch das Bestreben, die Rechtsfrage zu erweitern, vieles erreichen, immerhin muß man aber zugeben, daß die neue Ordnung die Lösung der Frage der Revisibilität viel einfacher, sicherer und natürlicher an



die Hand gibt, als die Scheidung der Rechts- und Tatfrage.

Durch die neue Ordnung wurde die Revision anstatt eines gekünstelten, unwahren Grundgedankens auf eine einfache natürliche Grundlage gestellt. Der Grund der Beschränkung der Ueberprüfung in der dritten Instanz liegt nunmehr in der Konstruktion des Verfahrens<sup>13)</sup>, welche in einem auf die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gegründeten Verfahren für die dritte Instanz, der Zweckmäßigkeit entsprechend, möglich ist. Indem in den dritten Instanz eine Verhandlung und eine Beweisaufnahme in der Sache nicht zulässig ist, müssen Fragen, deren gründliche Ueberprüfung nur mittelst einer Verhandlung und der Möglichkeit einer Beweisaufnahme in der Sache erfolgen kann, von der Revision ausgeschlossen werden, damit nicht eine *appellatio a iudice bene informato ad iudicem peius informandum* gestattet werde. Es ist dies der Fall bei der Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit von Tatsachen, insofern diese auf Grund einer Verhandlung oder einer Beweiswürdigung erfolgen kann. Daß es Fälle geben kann, in welchen der Revisionsrichter auch bei der Würdigung des Beweises aus derselben Quelle schöpfen könnte wie der Unterrichter — z. B. weil auch dieser den Beweisaufnahme würdigte — kommt nicht in Betracht; indem der Tatbestand dieser Fälle im Gesetze nicht entsprechend festgestellt werden kann. Ausgeschlossen werden müssen aber auch nur diese Fragen. Ist das Verfahren vor der dritten Instanz zur Ueberprüfung einer Frage ebenso geeignet wie das Berufungsverfahren, so liegt kein Grund vor, daß die Frage, die für die gerechte Entscheidung der Sache ebenso wichtig ist, wie die Rechtsfrage, der Beurteilung der dritten Instanz entzogen werden sollte. Nicht ausgeschlossen werden kann also insbesondere die Kritik der Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung, nur darf sie nicht auf Grund einer Verhandlung oder einer Beweiswürdigung ausgeübt werden. Unter der eben erwähnten Be-

<sup>13)</sup> Es wird dies auch in der Begründung des Regierungsvorschlages und im Bericht des Justizausschusses betont.



dingung ist ferner auch die Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung zulässig. So insbesondere auf Grund der Offenkundigkeit oder der amtlichen Kenntnis, ferner auf Grund eines gerichtlichen Geständnisses. Diese Fälle wurden auch in der Begründung des Regierungsvorschlages im Justizausschuß hervorgehoben. Der Grund, aus dem der Umfang der Beschränkung des Rechtsmittels dritter Instanz der UZPO. abgeleitet wurde, ist wesentlich derselbe, der auch in Deutschland in dem Kampfe ob Berufung oder Revision wider die Berufung und für die Revision als Hauptargument geltend gemacht wurde. Daß man aus diesem Grunde die m. E. allein logische Folgerung für die Konstruktion der Revision nicht gezogen hat, kommt wie es scheint davon, daß man sich vom französischen Vorbilde nicht genugsam loslösen konnte. Der Kassationsrekurs erfuhr zwar in der Revision eine bedeutende Umbildung, der leitende Gedanke der Gesetzesverletzung und auch der Gedanke der Wahrung der Rechtseinheit war französischen Ursprungs.

Die Gesetzesverletzung, die das fundamentale Gesetz v. J. 1790. als *contravention expresse au texte de la loi* bezeichnet aber schon im französischen Rechte als unrichtige Anwendung oder Nichtanwendung der Rechtsnorm verstanden und gehandhabt wird<sup>14)</sup>, scheint auf den ersten Blick dem römischen Rechte entnommen zu sein. Aber sie hat mit dem römischen Nichtigkeitsgrunde: *expressim contra juris rigorem, specialiter contra leges etc.* nichts gemein, als die Worte. Ja dieser Nichtigkeitsgrund des Kassationsrekurses und noch mehr der Revisionsgrund der DZPO. steht im offenen Gegensatz zur römischen Auffassung des Nichtigkeitsgrundes *contra leges*. Die *revisio in jure* hat keinen klassischen Ursprung.

Das Wesen der römischen Nichtigkeit *contra leges* erhellt aus dem im fr. 27. D. 42. 1. enthaltenen *responsum* des Modestinus. Die Frage ist: kann von der Partei die gesetzwidrig in Zinseszinsen verurteilt wurde das Geld der Verurteilung gemäß eingetrieben werden, wenn die

<sup>14)</sup> Garsonnet, *Traité de Procédure* V. §§. 1104, 1105, 1106.



Partei gegen das Urteil appellierte, die Berufung aber dem Gesetze nicht entsprach? Die Antwort lautet: „*si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit*“ oder mit a. W. wenn das Urteil nur eine bestimmte Summe angibt, und aus dem Urteile nicht ersichtlich ist, daß in dieser Summe Zinseszinsen enthalten sind, so ist das Urteil nicht nichtig.

Der Grund dieser Entscheidung liegt offenbar darin, daß eine Feststelluag der Gesetzwidrigkeit nicht zulässig ist, wenn sie nur auf dem Wege der neuerlichen Ueberprüfung der Sache, also eines *iudiciums* in der Sache selbst erfolgen kann, weil eine Wiederholung des *iudiciums* in der Sache durch die Rechtskraft ausgeschlossen ist. Auf diesem Grund weist auch der Umstand hin, daß die Stelle in dem Titel *de re iudicata et de effectu sententiarum* etc. steht. Es steht diese Erklärung auch im Einklange mit der Natur der römischen Urteilsnichtigkeitsgründe überhaupt. Alle Urteilsnichtigkeitsgründe sind ohne Ueberprüfung der Entscheidung in der Sache feststellbar. Es gilt das auch für alle wahren Urteilsnichtigkeitsgründe des heutigen Rechts.

Die römische Urteilsnichtigkeit wegen Gesetzesverletzung beruht auf dem einfachen Gedanken, daß das Gesetz stärker ist als das Urteil und daß demnach ein Urteil, das dem Gesetze entgegensteht, sich über das Gesetz stellt, keine Kraft<sup>15)</sup>, keine *auctoritas iudicati* haben und rechtlich nicht als Urteil anerkannt werden kann. Damit aber nicht ein unlöslicher Widerspruch zwischen dieser Nichtigkeit und dem Institute der Rechtskraft entstehe, muß die Gesetzesverletzung offenbar, *expressim*, *specialiter* vorliegen und ohne Ueberprüfung der Sache selbst feststellbar sein.

Die Nichtigkeit wegen Gesetzesverletzung hat also mit der Richtigkeit des Urteils in *concreto* nichts zu tun, indem ja die Richtigkeit des Urteils ohne eine Ueberprüfung, ohne daß die *eadem quaestio revocatur*, nicht festgestellt werden kann. Auch diese Unabhängigkeit von der

<sup>15)</sup> L. 2, C. 7, 64, „*nullas habere vires*“.



Richtigkeit des Urteils hat die Nichtigkeit des Urteils wegen Gesetzesverletzung mit allen römischen Urteilsnichtigkeiten des heutigen Rechtes gemein. Es ist das insbesondere auch das Merkmal, das die Nichtigkeitsgründe von den Restitutionsgründen unterscheidet. Interessant in dieser Beziehung ist es, daß die *venalis sententia* nach römischem Rechte an sich, ohne weiteres nichtig ist<sup>16)</sup>, während nach der DZPO. §. 580. Nr. 6. und auch nach der UZPO. §. 563. Nr. 7. das von dem bestochenen Richter gefällte Urteil nur dann und nur im Wege der Restitution angefochten werden kann, wenn der Richter sich einer Verletzung seiner Amtspflichten gegenüber der Partei schuldig gemacht hat.

Aus den hier erörterten Gründen wurde es dem Begriffe der Urteilsnichtigkeit geradezu widerstreiten, wenn man den römischen Nichtigkeitsgrund der Gesetzesverletzung als eine grobe Unrichtigkeit auffassen<sup>17)</sup> und denselben in dieser Richtung verfeinern wollte. Die Ausdehnung des Nichtigkeitsgrundes der Gesetzesverletzung auf die unrichtige Anwendung des Gesetzes, auf den *erreur de droit* läßt sich nicht aus dem römischen Grundgedanken ableiten und wird in den römischen Quellen geredazu ausgeschlossen<sup>18)</sup>. Nach Callistratus (fr. 32 D. 42, 1.) liegt keine *sententia contra constitutiones* vor, und es muß appelliert werden, wenn der Richter entgegen der vorgebrachten Konstitutionen der Ansicht ist, daß durch diese die zu beurteilende Sache nicht unterstützt wird.

Der einzige annehmbare Grund für die *revisio in jure* wäre demnach nur die Wahrung der Rechtseinheit. Zu diesem Zwecke ist aber die Scheidung der Rechts-

<sup>16)</sup> L. 7, C. 7, 64.

<sup>17)</sup> Dies ist die Meinung von Renaud, Lehrb. d. gem. D. ZivPrR., 2. Aufl. S. 587.

<sup>18)</sup> Jedenfalls ist also die gewagte Behauptung von Garsonnet aaO. § 1104 unrichtig, daß nichts dem Begriffe der Kassation entsprechender sei, als daß alle Entscheidungen, die das Gesetz auf welche Art immer verletzen, der Ueberprüfung des Gerichtes unterworfen werden, das zur Sicherung einer genauen und gleichförmigen Anwendung des Rechts errichtet wurde. Mit dem Begriffe der Nichtigkeit hat die Erweiterung der Gesetzesverletzung nichts zu tun.



und Tatfrage nicht notwendig. Der Oberste Gerichtshof würde ja seine führende Rolle in der Rechtsanwendung selbst als unbeschränktes Berufungsgericht behalten. Es gibt aber auch andere Mittel, mit welchen der Rechtszersplitterung entgegengetreten werden kann, und zwar auch dort wo das Rechtsmittelsystem versagt. Nach dem EG. der UZPO. sind für diesen Zweck die Entscheidungen der Senate der Kön. Kurie für Rechtseinheit bestimmt, die nur durch Plenarbeschlüsse der Kön. Kurie abgeändert werden können. Die Entscheidungen sind für die Untergerichte bindend und können auch dann vom Präsidenten der Kurie oder dem Justizminister hervorgerufen werden, wenn die gegensätzliche Rechtsanwendung in Fragen von prinzipieller Bedeutung nicht nur durch die Kön. Tafeln, sondern auch durch die Kön. Gerichtshöfe oder Bezirksgerichte ausgeübt wird, die ja in Sachen von minderem Werte ebenfalls in letzter Instanz entscheiden.

Gegen die Erweiterung der Revision der UZPO. könnte nur aus dem Gesichtspunkte der Ueberlastung der Revisionsgerichte ein Einwand erhoben werden. Es muß zugegeben werden, daß dieser Gesichtspunkt von höchster Wichtigkeit ist und daß die Ueberlastung insbesondere des Obersten Gerichtshofes den Gesetzgeber zur Ablehnung einer jeden Erweiterung, ja zur möglichsten Einschränkung der Revision zwingen kann. Die Besorgnis der Ueberlastung fand auch bei der Beratung der ZPO. im Justizausschuß Ausdruck, es wurde aber ihr gegenüber von Seiten der Regierung ausgeführt, daß die Zahl der Revisionen infolge der Erweiterung der Revisionsgrundes nicht erheblich zunehmen dürfte, indem die Revision, auch bei der Beschränkung auf die Rechtsfrage, oft in Fällen eingelegt wurde, in welchen es sich um keine Gesetzesverletzung handelte. Die Partei die überzeugt ist, daß ihr ein Unrecht widerfährt, wird eine jede Möglichkeit ergreifen, um das Urteil umzustößen. Auch die Erledigung der Revision dürfte wegen der Erweiterung des Revisionsgrundes keine Mehrarbeit verursachen, im Gegenteil es fällt, die oft schwierige Untersuchung und Begründung der Grenze zwischen der Rechts- und Tat-



frage weg. Soviel mir bekannt ist, hat sich die Befürchtung der Ueberlastung der Revisionsgerichte in der Praxis nicht bestätigt. Klagen und Wünsche sind diesbezüglich nicht laut geworden.



## Tartalom :

	Lap
I. A keresetjogról . . . . .	3
1. Különféle vélemények . . . . .	5
2. A keresetjog fogalma a perben . . . . .	25
3. A perjogi és a magánjogi keresetjog . . . . .	43
II. Adalékok a keresetjog elméletéhez . . . . .	56
III. A polgári peres eljárás reformja . . . . .	105
IV. A polgári per szerkezete az új perrendtartásban . . . . .	118
V. A bizonyítási teherről . . . . .	139
VI. A törvényes vélelem természete . . . . .	164
VII. A perbeli beismerésről . . . . .	189
Valami a módsze ről . . . . .	193
A tanúság és a perbeli beismerés . . . . .	201
Tudomáskijelentés és igazmondás . . . . .	222
A perbeli beismerés nem bizonyít . . . . .	231
A perbeli beismerés jogi természete . . . . .	250
A perbeli beismerés hatásának oka . . . . .	260
VIII. A magánokiratok bizonyító ereje, különös tekintettel azok alakjára . . . . .	270
1. Bevezetés . . . . .	270
2. A kérdés . . . . .	271
3. Különféle sikertelen megoldási kísérletek . . . . .	274
4. A Curia teljes ülési határozata . . . . .	284
5. A p. r. t. s. 167 és 168. §-ainak törvényes értelmezése . . . . .	292
6. Elméleti fejtegetések . . . . .	297
7. Megoldás . . . . .	303
IX. A közvetlen szóbeli eljárásban minő jogorvoslatok en- gedhetők meg . . . . .	313
X. A semmiség fogalma a polgári perjogban . . . . .	353
XI. Az első bírósághoz való visszautasítás kérdéséhez a fellebbezési eljárásban . . . . .	363
XII. Elnöki megnyitó beszéd a M. Tud. Akadémia LXXVI. közülésén . . . . .	375
XIII. Jogi oktatásunk reformjáról . . . . .	392
XIV. Tanulmány a perrendtartás 95. §-ának értelmezéséhez . . . . .	412
XV. A halál általi hitelesítésről . . . . .	424
XVI. Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprocessrecht . . . . .	455
1. Der Beweis im ungarischen Zivilprocess . . . . .	456
2. Der Bau des Processes in erster Instanz nach der Ungarischen Zivilprocessordnung . . . . .	488
XVII. Die Revision im ungarischen Zivilprocess . . . . .	514



